العاشر من قوت المحتاج الى المنهاج

تأليف العبد الضعيف الفقير الى رحمة ربه
اللطيف احمد الاذرعي الشافعي
ختم الله بالصالحات اعماله وبلغه من
رحمته اماله بمنه وكرمه

الحمد لله رب العالمين

[redacted]

... وحبس ووقف ... [redacted]

اعماله جميع هذا المجلد وما قبله ... من قوت المحتاج شرح المنهاج للاذرعي وعدة ذلك عشر مجلدات وقفا شرعيا

[redacted]

طلبة العلم الشريف ... المرصد لذلك بمدرسة ...

[redacted]

النظر في ذلك ... [redacted] ... المذكوره ...

شرط ذلك ... دون ... الناظر ... المذكوره ...

[redacted]

الذين يبدلونه ان الله سميع عليم ...

بسم الله الرحمن الرحيم رب أعن

كتاب الدعوى والبينات

الدعوى والدعوة في المعنى سوا غير ان الدعوة تستعمل في الاسباب والدعوى في غيرها وسميت دعوى لان المدعي يدعو صاحبه الي مجلس الحاكم ليخرج من دعواه والدعوى لغة الاسم من الادعا وقيل من التمني وعليه اقتصر البغوي من المروزي وغيرها قال تعالى ولهم ما يدعون اي يتمنون قال الهروي هذا قول المفسرين وليس هو كذلك في اللغة والمدعي لغة من ادعي لنفسه شيا سوا كان في يده ام لا وسوا كانت دعواه توافق الظاهر او تخالفه والمدعي عليه من ادعي عليه شي وهما في الشرع ما سياتي وجمع الدعوى دعاوي بفتح الواو وكسرها وصيغة الجمع توجم المحرر والبينات جمع بينة وسمي الشهود بينة لان بهم يبين الحق قال في الكافي الاصل في سماع الدعوى واقامة البينة الكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى اذا دعوا الي الله ورسوله ليحكم بينهم الاية واما السنة فما سياتي والاجماع منعقد علي سماع الدعوى والبينة وبالناس حاجة الي ذلك وقال الشيخ الصالح ابو هيثم المروذي في تعليقه والاصل في الدعاوي ما رواه الشافعي عن مسلم ابن خالد الزنجي عن ابن جريج عن ابن ابي مليكة عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البينة علي المدعي قال الشافعي واحسبه ولا اثبته قال واليمين علي المدعى عليه وهذا حديث رواه عن ابن جريج جماعة وقد رواه عبد الوهاب بن عطا عن ابن جريج عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دما قوم واموالهم ولكن اليمين علي المدعى عليه وكذلك رواه ابن وهب عن ابن جريج ومن ذلك الوجه اخرجه مسلم في الصحيح وبمعناه رواه عبد الله ابن داود عن ابن جريج ومن ذلك الوجه اخرجه البخاري في الصحيح ورواه عبد الله بن ادريس عن ابن جريج وعثمن ابن الاسود عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال فيه ولكن البينة علي المدعي واليمين علي من انكر وروى الفريابي عن الثوري عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة علي المدعي واليمين علي المدعى عليه وهو غريب انتهى لفظه

هذا الجزء العاشر من قوت المحتاج الى المنهاج تاليف الاذرعي

ووهم ابن الرفعة في الكفاية فعزا هذه الرواية الي صحيح مسلم وذكرها البيهقي وفي المهذب نحوها باسناد ضعيف واما التي قبلها وهي البينة علي المدعي واليمين علي من انكر فرواها البيهقي قال ابن الصلاح باسناد حسن وبها افتتح المحرر وغيره الباب وذكر واحديث الحضرمي في الصحيح وقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك او يمينه الحديث

قال تشترط الدعوى عند قاض في عقوبة **اي** لادمي كقصاص وحد قذف وعبارة المحرر لا بد من المرافعة الي القاضي اذا كان المستحق عقوبة كالقصاص وحد القذف وهي اجود من قول المنهاج تشترط فانه يقتضي انها لا تصح الا عند الحاكم وان رضيا لحكمه وليس كذلك وقد منا كلاما في وجوب الادا علي الشاهد عند الامير والوزير ونحوهما وقضيته ايجاب الادا عندهم وصحة الدعوى عندهم والغرض انه يحتاج من له عقوبة يريد استيفاوها ان يرفعها الا من يصح منه استيفاها لدى الحكم بها وليس له الاستبداد باستيفائها فان استيفا العقوبات من نوع الاحاد لعظم خطرها والاحتياط في اثباتها اولا واستيفائها علي ما يقتضيه السياسة من زجر الناس ثانيا واصل هذا قول الغزالي وامامه ان من استحق عقوبة ليس له الاستيفا الا بالرفع الي القاضي فان الامر فيه خطر وقد منا عن الماوردي جواز استيفا حد القذف عند الضرورة وكذلك القود من غير مراجعة كما بيناه في الجنايات والحدود

قال وان استحق عينا **اي** ليس لذي اليد جحدها عنه فله اخذها **اي** مستقلا به ان لم يخف فتنة **اي** فان خافها لم يجز وفي معنى الفتنة خوف الضرر علي نفسه ثم الظاهر ان هذا الكلام انما سوق في اليد العادية ومن في حكمها اما لو كانت بيد امين باذل لم يجز له اخذها بغير اذنه او علمه ولا دخول منزله لاجلها وان لم يخف ضررا بل سبيله الطلب وكذلك المبيع اذا كان الثمن موجلا او مقبوضا والبايع باذل له لما في ذلك من الاذى والارعاب بطن للذهاب الاوهام لو تواباب اخذ الحق ممن يمنعه وعبارة البسيط فما غصب عينا من انسان وقدر المالك علي الانتزاع من يده خفيه او جهرا بحيث لا يحرك ذلك فتنة ولا تقسم تجارا فليفعل فانا نشاد الي ان التصوير فيما منع منه تعديا ومثل بالغصب واما قول الهوراني في العهد من كان له عين مال في يد غيره واستحق ردها عليه

باب كقصاص

ليس مراد المصنف ولا مراد بابه من تصح الدعوى

ليس م

كان له اخذها بغير اذنه كيف ما كان ففيه تسمح ۞ **قال** والا
اي وان خاف تحريك الفتنة كما بيناه وجب الدفع الى قاضٍ اي ومن
في معناه كالمنصوب للمظالم من جهة الامام والمحتسب والوزير اذا انضمت
ولا يا بهم ذلك **اشارات** عبارة الرافعي في كتبه الثلاثة فان
قدر على استردادها من غير تحريك فتنة استقل به والا فلا بد من الرفع
وتبعه في الروضة وهو احسن من عبارة المنهاج ويجوز ان يقال ان غلب على
ظنه السلامة والسنة جاز او حصول فتنة او ضرر ابيّا فلا وان استوى الاحتمالان
ففيه نظر والاشبه اجتماعه ۞ وقول المنهاج وجب ليس المراد منه التكليف
الذي ياثم بتركه بل انه لا يجوز له الاقدام حينئذ فاما ان يرفع الامر الى ولي الامر
او يحجم ولا يقتحم المعاطب **وقوله** وان استحق عينا فقد يشمله المالك والمستاجر
والموصى له بالمنفعة والموقوف عليه فان الاستقلال بالاخذ للمالك فقط كما
يتبادر من كلام الغزالي والرافعي فيحمل كلام المنهاج عليه لان مستحق
العين حقيقة هو المالك واما غيره فيستحق المنفعة لا العين نفسها [...]
ذلك على الخلاف المذكور في ان الخصم في العين هو المالك لا غير فيتامل ذلك والا
ان مستحق المنفعة لا سيما الموصى له في ما نحن فيه كالمالك والله اعلم **قال**
او دينا **اي** حالا ۞ على غير ممتنع من الاداء **اي** مع يسره ۞ طالبه به اي ان كان
حاضرا ولا يحل اخذ شيء له ۞ لان الخيار في تعيين ما يدفعه اليه لا الى المستحق
فان خالف واخذ شيئا من ماله لزمه رده فان تلف عنده ضمنه فان اتفقا جا خلاف
التقاص ۞ اما لو كان المقر ابى ذلك للحق متعذرا بغيبة او حبس ونحوهما فهل يكون
كالجاحد او كالمماطل او يفرق بين ان يمكنه الاستيفاء بالحاكم ببينة تقيمها لم ار فيه
نصا وربما يأتي ما يخرج منه حكمه **فائدة** لو كان الدين بدل قرض او بدل اللقطة
تملكها الملتقط بشرطه او ثمن سلعة افلس به واثبتنا الرجوع للمقرض ورب اللقطة
وصاحب السلعة والعين والمدين يمتنع من بذلها ويسمح باطنا ببدلها فهل له اخذها
بطريق الظفر كالمغصوبة لانه يستحقها بعينها او لا لقدرته على اخذ دينه وهو
البدل والثمن هذا محتمل جدا ولم ار فيه شيئا والاشبه ان له الاخذ ظفرا

قال او على منكر اي مطلقا او جحدا فقط كما قاله الجرجاني ۞
ولا بينة له اخذ جنس حقه من ماله اي عند ظفره به لعجزه عن اخذه الا
كذلك ولا يجوز له اخذ غير الجنس مع القدرة على الظفر بالجنس على الصحيح ونقل
يجوز ذكره البغوي وغيره وقد يوخذ من اطلاق حديث هند وهو اصل الباب خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف ويقرب ان يقال ان قدر على الجنس المستحق عند
الظفر فلا يعدل الى غيره قطعا وان قدر عليه لكن على التراخي او في زمن ثان
او كان يحتاج في اخذ الجنس الى ركوب خطر او مشقة لشدة احرازه ويمكنه
الاخذ في الحال من غيره بسهولة جاز واما مع استواء الاحوال فلا معنى لترك الجنس
اصلا ثم موضع الجزم على الصحيح والمشهور في الاخذ من الجنس لا من غيره ما اذا كان
يعلم منه انه لو حلفه يحلف اما لو كان يرجو اقراره لو احضره القاضي وعرضت اليمين
عليه وجب احضاره ولم يجز له الاخذ اذا قلنا انه لو كان مقرا مماطلا لم ياخذ
كما سياتي واطلق ابن الرفعة في صورة الكتاب النقل عن القفال انه لا يجوز له
الاخذ بل يقتصر على التحليف وهو غريب قال الاصحاب وفي حكم المنكر ما لو كانت له
بينة وعجز عن الاخذ بها لقوة سلطان الغريم **اشارة** هل اختلاف النوع
كاختلاف الجنس حتى لا يجوز له العدول عن نوع حقه المساوي له في الصفة
الى نوع آخر الظاهر المنع ولا شك فيه اذا كان اشرف من نوع حقه اما لو كان
دونه او ساواه في الغرض والقيمة ففيه احتمال والظاهر المنع ولو وجد نوع
حقه الذي يضعناه اخذ عند وجود نوع يجب له مثله لا غير فهل يجوز له العدول
الى جنس آخر كما لو لم يجد جنس حقه اصلا فيه نظر والظاهر نعم لانه كجنس آخر اذ الفرض
انه ليس له تملكه وان كان من جنس حقه وسياتي ما قيل في ذلك **قال** وكذا
غير جنسه ان فقده على المذهب اي الذي اورده عامة الاصحاب لما في الصحيحين
عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت هند بنت عتبة فقالت يا رسول الله ان ابا سفيان
رجل مسيك فهل علي حرج ان اطعم من الذي له عيالنا قال لا الا بالمعروف وفي لفظ
ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو
لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فتجوز لها الاخذ لها من غير قرين

الجنس وغيره والطريق الثاني فيه قولان وعلى ايرادها اقتصر الفوراني
والامام والغزالي الجواز وثانيهما المنع لانه لا يتمكن من تملكه وليس ان يبيع
مال غيره لنفسه فعلى هذا لو كان حقه دراهم مكسرة فظفر بدراهم صحاح فهل له
اخذها فيه وجهان اصحهما نعم **واعلم** انه في الشرح الصغير اقتصر على ايراد قولين
كالامام وغيره لكنه في الكبير نسب الجواز الى عامة الاصحاب ولذلك صحح في الروضة
طريقين كما افهمته عبارة المنهاج والخلاف محكي في تعليق الشيخ ابي حامد وغيره
من كتب العراقيين ايضا **تنبيه** قال ابن الرفعة هنا محل القول بمنع اخذ غير
الجنس اذا كان الغريم مصدقا بملكه له اما لو كان منكرا كونه ملكا له جاز اخذه
وجها واحدا صرح به الامام في كتاب الوكالة وقال انه مقطوع به فليفهم الناظر ذلك
وقد حكيت الخلاف فيه عن الاصحاب هناك ايضا **قلت** والذي ذكره الامام
وغيره هناك انما هو فيما اذا ادعى الوكيل انه امره بشري امته بما شرى فقال الموكل
انما امرتك بالشري بمائة فهناك راى الامام الجزم بان له الاخذ والبيع بنفسه
ليسترد ما غرمه وقال غيره فيه الخلاف المذكور هنا والاصح وفاقا هناك ان له
اخذها وبيعها بنفسه لان القاضي لا يجيبه الى البيع ولان المظفور بماله في غير
هذه الصورة يدعي المال لنفسه وهنا بخلافه وحينئذ لا يحسن اطلاق القول
هنا بالجواز من غير بيان انه في صورة خاصة **قال** او على مقر ممتنع
او منكر وله بينة فكذلك وقيل يجب الرفع الى قاض ما تقدم فيما اذا لم يمكن
تحصيل الحق بالقاضي اما اذا امكن تحصيله به بان كان متى الكنه يمتنع من الاداء
او كان منكرا في الظاهر وللمستحق بينة فهل يستقل بالاخذ ام لا فيه وجهان
اصحهما على ما ذكره القاضيان ابو الطيب والروياني ويحكى عن ابي اسحق وابن ابي
هريرة انه له ذلك لقصة هند فانه صلى الله عليه وسلم امرها بالمرافعة ولان في المرافعة
مؤنة ومشقة وتضييع زمان وربما جرح الشهود والثاني المنع وبه اجاب الامام والغزالي
في بسيطه وقال في الذخائر ولم يحك الخراسانيون سواه وادعى الغزالي انه محل
وفاق كما لو امكنه تحصيل الحق بالمطالبة والتقاضي وعلى هذا لو كان المستحق
يرجو اقراره لو احضره عند القاضي وعرض عليه اليمين وجب احضاره ووجه القاطع

ابو الطيب المنع بان البينة حجة يمكنه اخذ الحق بها فكانت بمنزلة اقراره
بالدين وهو مماطل وفيه نظر لان المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف وبذلك
صرح الامام والغزالي في البسيط قال ابن الرفعة وفي الحاوي والرافعي التسوية بين
المقر المماطل والمنكر الذي عليه البينة في اجراء الخلاف في جواز الاخذ لكن
الماوردي خص الخلاف فيها بما اذا كان الماخوذ من غير الجنس وقال فيما
اذا كان من الجنس انه يجوز وجها واحدا لان احوجه الى المحاكمة عدوان
من الغريم وكلام التنبيه يقتضي اجراء الخلاف في الحالين انتهى **واعلم**
ان قضية اطلاقهم انه لا فرق بين ان تكون البينة حاضرة بيسر الثبوت
بها او غائبة يتاخر الامر الى حضورها والفرق وجيه بين لا سيما عند طول الغيبة
وبعد المسافة وانه لا فرق بين البينة البارزة العدالة وبين المحتاجة الى
النظر فيها والتزكية ولينظر فيما لو كان له شاهد واحد والحق مما يقضى فيه
بالشاهد واليمين والحاكم يرى ذلك هل هو كمن له شاهدان ام لا والاشبه يجوز له
الاخذ جزما لما فيه من تكليفنا باليمين ظلما وربما رفع الى من يقضيه فيه احتمال
والاقرب انه كمن له بينة كاملة **تنبيهات وفروع احدها**
الاقرب نظرا ما جزم به الامام من عدم الاستقلال بالاخذ مع الممكنة من اخذه
بالحاكم ونحوه لان الاستبداد على خلاف القياس فينبغي ان لا يجوز الا عند الضرورة
واما التمسك بقصة هند ففيه وقفة لان حاجة الزوجة والولد تتكرر كل يوم
بل في اليوم الواحد فلو احوجوا الى الترافع الى الحاكم لادى الى مشقة فادحة لا تحتمل
بخلاف الدين ولا احسب احدا يحوج الزوجة والقريب الى المرافعة صباحا ومساء
على ان الاستدلال بالقصة فيه ما فيه فان الزوجة مداخلة للزوج ومشاركة
في اليد على ماله غالبا بخلاف الاجنبي فقد الحاقه بها وقد من هذه الحيثية
وقد جاء ان قولها ذلك كان حين بيعة النساء وان ابا سفيان كان حاضرا وانه قال
لها هو لك حلال فان صح هذا كان اذنا منه لها **ثانيها** قال في الوجيز وان كان
يتعذر رفعه لتعززه او تواريه فان ظفر بجنس حقه فله اخذه وان كان بغير جنس

حقه فضولان قال الرافعي في كلامه على الفاظه الحكم على ما ذكر منوط بتعذر
رفع الخصم الى القاضي وعلى هذا فالغايب كالمتعزز والمتوارى وكذلك صور في
كلام الامام **قلت** والبسيط والوسيط ولفظه بان تعذر رفعه الى القاضي
لتعززه او تواريه او هو به المسلة قال وناط في التهذيب وغيره الحكم بتعذر حصول الحق
لا بتعذر رفع الخصم وقضيته ان يكون الغايب والمتوارى والمتعزز كالحاضر المنقر
لامكان التحصل منهم باقامة البينة عند القاضي انتهى وطرحته الروضة برمته
والذي يظهر ان الاخذ من مال المتعزز والمتوارى والهارب اولى بالجواز من
الحاضر المماطل او المنكر بل يحتمل ان يرتب الجواز على الاخذ من مال هولاء على
الاخذ من مال الحاضر الباذل واولى بالجواز لما سبق في الحكم على المتوارى والمتعزز
من التطويل والمشقة والمآفية من تكليف صاحب الحق من الحلف مع البينة وتاخير
حقه الى التداعي بابه وغيره مما سبق واما الغايب فان كان مقرا مماطلا او منكرا فلا
خفا في امره وكذا لو كان متعديا بالتاخير واما ان كان مقرا باذلا لو كان حاضرا
ولكنه معذور بالغيبة ففي الحاقه بهولا نظر لوضوح الفرق بينه وبينهم **ثالثها**
لو كان مقرا لكنه يدعي تاجيله كذبا او لو حلف عليه لحلف فهل للمستحق الاخذ
من ماله يحتمل ان يقال له ذلك قطعا ويحتمل ان يفرق بين ان يكون ما ذكره اجلا
قريبا او بعيدا ويحتمل ان يبني على الوجهين او القولين في المماطل ان قلنا ثم يجوز الاخذ
فهنا اولى لان مشقة المرافعة اخف من الصبر الى الحلول ولا سيما اذا ذكر اجلا
بعيدا او قد يفوت الحق جملة ايضا فقد يماطل بعد الحلول وان قلنا ثم لا يجوز فهنا
وجهان والفرق ما اشرنا اليه **رابعها** لو كان المدين صغيرا او مجنونا او
سفيها بان اتلف له شيا ولا بينة له بذلك فالظاهر ان له الاخذ من ماله كالجاحد
الذي لا بينة عليه ولو كان المدين مقرا ولكنه ادعى الفلس واقام بينة او صدق
بيمينه ورب الدين يعلم ان له مالا اكتمه بطرا ان لم يقدر على اقامة بينة بالمكتوم فله
الاخذ منه وان قدر على بينة فيخرج على الوجهين فيما لو كان جاحدا وعليه بينة
ولو وجد مراه من يلزمه نفقته او ادعى العجز عنها كاذبا او انكر الزوجية فعلى ما

فصلناه لكن انما ياخذ قوت يوم بيوم فيما يظهر ولا نقل عندي في هذا كله
خامسها حقه دراهم صحاح فظفر بمكسرة قال في الروضة فله اخذها وتملكها
بحقه ولو استحق مكسرة فظفر بصحاح فالمذهب جواز الاخذ لاتحاد الجنس وقيل
فيه الخلاف في اختلاف الجنس لاختلاف الغرض واذا اخذها فليس له تملكها ولا
تشترى بها مكسرة لا متفاضلا لما فيه من الربا ولا متساويا لانه يجحف بالماخوذ منه
لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير وان كانت غير نقد البلد للضرورة ويشترى بها
دراهم مكسرة ويتملكها انتهى والرافعي حكى هذين الطريقين عن رواية الامام
من غير ترجيح اصلا واما الغزالي ففي البسيط الى ترجيح طريقة اجرا القولين وقال
في الوسيط ويخرج جواز اخذه على القولين ومنهم من قال هو كجنس حقه فرجح
الاول وعند الروضة ان الجمهور اطلقوا جواز الاخذ من غير الجنس فاخذ النوع
اجود وامراد الوجيز يقتضي الجزم بالجواز ولم يتعرض الرافعي لذلك نعم كان ينبغي
ان ينبه على ذلك ولا يدرجه في اصل كلام الرافعي وهو في الذخاير فقال قال الخراسانيون
اذا كان حقه صحاحا فوجد مكسرة او بالعكس فطريقان ثم حكى عنهم انه لا يجوز له تملكه
قطعا بل يبيعه وياخذ مثل حقه والصواب ما قدمته ثم قال واما على طريقة العراقيين
فيجوز الاخذ جنسا ثم ان جعلناه بمثابة الجنس الواحد جاز له اخذ قدر حقه
او بمثابة الجنسين كان له حكم الجنسين والمتحصل من ذلك انا اذا جعلناه كالجنس
الواحد فله اخذه وتملكه قولا واحدا او كالجنسين ففي جواز اخذه القولان
فان جوزناه لم يملكه كالجنسين انتهى وهذا تخبيط فاحش قال الدارمي واذا كان
له حق على من يمنعه فله اخذه بحيلة من تسلط على وديعة او حيلة او مغالبة
او اخذ من غير علمه فان اخذ من جنس ماله او عين ماله فذاك وياخذ من الجنس
بالوزن والكيل لا بالقيمة انتهى وفيه فوايد **قال** واذا احتاج الاخذ
فله كسر باب ونقب جدار لا يوصل الى المال الا به اي اذا كان ذلك مختصا بملك الخصم
الظالم بالمنع ولم يتعلق به حق للغير كرهن واجارة ووصية بمنفعة ولا يضمن
ما يفوته لمن لم يقدر على دفع القابل الا باتلاف ماله وحل وجه انه يضمن اما لو

كان سكنه باعارة او اجارة او وصية او وقف فلا خفا انه لا يجوز للمستحق
ذلك **واعلم** اني لم ار تجويز كسر الباب ونقب الجدار الا في كلام القاضي
الحسين ومن تبعه وكلام الرافعين ساكت عنه وددت لو خصص ذلك بما اذا لم
يجد سبيلا الى الاخذ بالحاكم كما في صورة الجحود وعدم البينة ولم يجد طريقا سواه
اما لو كان له بينة وقدر على اخذ حقه بها فهو بعيد وان كان المدين غاصبا بالمطل
والانكار والتعزر والتوارب لان اخذه بالحاكم عند المكنة اسهل واخف كلفه
وخطرا من نقب جدار وكسر باب والقضايا يدفع بالاسهل فالاسهل فقياسه هنا انه اذا
امكن الاستيفا بالحاكم ونحوه لا يجوز اتلاف الجدار ولا غيره وليس في الحديث الذي فيه
عدم الباب ما يدل على هذا كله للاجنبي ثم راجعت التهذيب فوجدته قد ذكر جواز
نقب الجدار عقب كلامه على ما اذا كان المدين جاحدا ولا بينة له ولا يمكنه اخذ
حقه بالحاكم ثم قال بعد هذا فان كان يقدر على اخذه بالحاكم فان كان من عليه
مقرا ولكنه ممتنع من الادا او كان جاحدا ولكن لصاحب الحق بينة عادلة يمكنه
اثبات الحق عليه فهل يجوز له اخذه من غير ان يثبته بالحاكم فيه وجهان انتهى فخص نقب
الجدار بالقسم الاول حيث لا يمكنه اخذ حقه بالحاكم وعبارة الكافي نظران كان لا
يقدر على اخذه بالحاكم فان كان جاحدا او لا بينة له او كان باب الحكم فاسدا فله ان ياخذ
جنس حقه ثم ذكر انه ياخذ جنس حقه ثم ذكر انه اذا لم يصل اليه الا بنقب جداره
فله نقبه ثم قال وان كان يقدر على اخذ حقه الحاكم الى آخره وايضا فسبق ان
الخراسانيين قطعوا بالمنع من الاخذ عند التمكن من الاستيفا بالحاكم وصوبه في الجواب
في تعليق البغوي وابرهيم المروذي وان الغزالي حكى الاتفاق عليه وبه يظهر
ان القاضي الحسين انما اباح النقب ونحوه في القسم الاول خاصة كما هو ظاهر كلام
التهذيب والكافي وايضا فانه اذا كان الماخوذ من غير جنس حقه والغريم مقر
او له عليه بينة بالحق لا يستقل الاخذ بالبيع على المذهب بل انما يبيع بالحاكم واذا
كان لا بد من الحاكم فيرفع الامر اليه من الاول اذا كان يمكنه ان يخلص حقه به
ولا ينقب جدارا ولا يكسر بابا لما فيه من الخطر وتوقع الضرر والامام والغزالي انما

نقلا نقب الجدار عن القاضي الحسين وقد علمت طريقتهما في المسئلة فاذن
قول الامام والرافعي مهما جاز للمستحق ان ياخذ الاحرة من محال التوقف
انه لم ينزل على ما ذكرته وتنزيل كلام الامام ظاهر بخلاف الرافعي والمصنف ولا
يلزم من تجويز ذلك عند الضرورة الحاقة التي لا مندوحة عنها تجويزه في الحالة
التي نبه مع امكان الاستيفا بالحاكم وان قلنا بجواز الاخذ في هذه الحالة لعدم
الضرورة الى الاتلاف وارتكاب الخطر هذا ما خطر لي ولست على ثقة منه والله
اعلم **تنبيهان** خذ من توجيه تجويز كسر الباب ونحوه انه لا يجوز ذلك
في ملك الغايب المعذور وان جوزنا الاخذ ولا في ملك الصبي والمجنون
وانما ذلك بالمتعدي بالمنع وكذا لا يجوز ذلك في جدار غريم الغريم قطعا وربما
من توهم ان كلام الروضة تقتضي ذلك وسنذكره وهو غلط محض **وقيل**
لو غصب نجاسة ينتفع بها كجلد ميتة وسرقين وكلب معلم وجحد ولا بينة فهل له كسر بابه
ونقب جداره اذا لم يصل اليها الا بذلك **قلت** انما تكلموا في المال خاصة
والظاهر انه يجوز له كالمال لانها حق له ويجوز الدفع عنها كالمال وقد قالوا لو كان
له كلب محترم مضطر ومع غيره شاة جاز له مكابرته عليها لاطعامه ويضمنها له
قال ثم الماخوذ من جنسه يتملكه اي بدلا عما استحقه وكذا عبارة
الروضة والشرحين فله تملكه وقضيتهما انه لا يملكه بالاخذ بل يتملك لحدته
وعبارة المحرر على ما رايته في نسخ يملكه ونحوها قول الردي ثم اذا اخذ جنس حقه
ملكه وقضيته انه يملكه بالاخذ ولا يحتاج الى احداث تملك جديد وعبارة تعليق
ابرهيم المروذي فان اخذ جنس حقه ان كان من ذلك النوع بتلك الصفة
كما اخذه ملكه ولا يحتاج الى اختيار التملك انتهى ووجهه انه انما اخذه مستوفيا
باذن الشارع فاشبه ما لو اقبضه اياه الحاكم فانه يملكه بالاخذ وعبارة الحاوي
وتصير باخذه في ضمانه وعلى ملكه ويجوز ان يحمل كلام الشيخين على هذا ويكون
المراد بقولهما فله تملكه اي تموله والتصرف فيه بالاخذ لا انه يحتاج الى احداث
قصد تملك بعد الاخذ وهذا ظاهر ان اخذه بقصد الاستيفا اما لو لم يقصد
فلا بد من تملك يحدثه **تنبيه** اطلق بانه اذا كان من جنس حقه انه يتملكه وهذا

اذا كان على صفة حقه او دونها اما لو كان فوق حقه في النوع والصفة
فلا قطعا لانه استقا فهو بيع فلا يجوز له اخذ الاجود فيه والضابط فيما يظهر
ان كل ما يجبر المدين على دفع مسئلة اليه فانه يملكه بالاخذ وان كان الماخوذ
اجود من حقه نوعا وصفة فلا بان كان حقه من نوع ردي والماخوذ من نوع
جيد او كان حقه معيبا والماخوذ سليما وان كان الماخوذ دون حقه في النوع
والصفة بان كان بالعكس مما ذكرنا فانه يملكه اذا رضي به وسامح بالجودة نعم لو كان
حقه وجب عن سلم فيسبق قول المصنف انه لا يصح ان يستبدل عنه غير نوعه وصفته
ان يكون اختلاف النوع كاختلاف الجنس فيكون حكمه ما سياتي لكن سبق هناك ذكر
خلاف فيه وان الراجح الجواز خلافا لهما وعبارة الروضة ثم وان اتى بنوع اخر
بان اسلم في التمر المعقلي فاحضر البرني او في ثوب هروي فاتى بمروي فاوجه اصحهما
تحريم قبوله المسئلة فان هنا ما ذكره هناك في الجواز وعدمه نعم لا يجوز له هنا اخذ
الاجود بلا خلاف **قال** ومن غيره يستقل اي بنفسه مستقلا للحاجة
ولا يتملكه ۞ وقيل يجب رفعه الى قاض يبيعه ۞ اذا ظفر بغير جنس حقه وجوزنا
له اخذه على المذهب فالمشهور وبه جزم في المحرر انه لا يجوز له تملكه وفيه وجه انه يجوز
ان يتملك قدر حقه ويستقل بالمعاوضة للضرورة وابداه في الانتصار تفقها
اذا علم من نصه انه ياخذ بثمن المثل او زيادة وقال وفي اذنه صلى الله عليه وسلم لهند
ان ياخذ من مال ابي سفيان مطلقا من غير تقييد بمحل النفقة والكسوة ولم يعين
طريق تحصيله الكفاية حجة لجواز التملك بقدر ثمن المثل او بالزيادة عليه لان ما جرى
السؤال عن وقت الحاجة لا يجوز ولانه يجوز ان يتملك ما هو من جنس حقه ملكا اذا لم
يكن من جنس حقه انتهى والمشهور الاول وفي حلية الروياني انه لا خلاف فيه لكن لو
كان الماخوذ مما يتسارع فساده ولم يجد مشتريا في الحال ولو اخره لذهبت ماليته
او معظمها فهل له ان يتملكه بدلا عن حقه بالقيمة فيه نظر ولعل الاقرب الجواز
نظرا لهما وان منعناه من تملكه في غير هذه الصورة ثم هل يبيع الماخوذ بنفسه
ام يجب عليه رفعه الى القاضي ليبيعه فيه وجهان ويقال قولان اصحهما عند الرافعين
وغيرهم ونسبه الماوردي الى الجمهور ووافق في شرح الصغير انه ترجيح اكثر الاصحاب

وذكر البندنيجي انه المنصوص وقال المزني في كتابه غاية الاختصار
من قول الشافعي وللمرتهن يأخذ قدر حقه وحق من مثل امره من مال من جحد
اذا اقدر عليه مثل حقه او بثمنه ان لم يجد الا عرضا باع واستوفى من ثمنه مقدار
حقه انتهى بلفظه وفيه فوائد وممن صحح الاستقلال بالبيع الروياني وابو الحسن
العبادي والفوراني في العمد والابانة وبه اجاب في التهذيب لكن فيما اذا كان
القاضي جاهلا بالحال ولا بينة للاخذ اما اذا كان القاضي عالما بالحال لم
يبعه الا باذنه على ظاهر المذهب هذه عبارة التهذيب وبعض نسخ الرافعي وفي كثير
منها وان كان القاضي عالما فالظاهر من المذهب انه لا يبيعه الا باذنه وقال في
تعليقه فلو كان الحاكم عالما بحاله فانه لا يبيعه الا باذنه على ظاهر المذهب وان كان
به جاهلا ولم يكن له بينة بحيث يثبت الحال بين يديه فله ان يبيعه بنفسه انتهى
والوجه الثاني وهو قضية كلام الوجيز وفي الوسيط انه القول المشهور ولم
يذكر القفال غيره انه لا يبيع بنفسه وكذا في البسيط قال بل يرفعه الى
القاضي ليبيع بجنس حقه مصروفا اليه قال الصيدلاني ولم يذكر القفال الا هذا ومن
اصحابنا من خرج وجها اخر انه يبيع بنفسه اذ لا خلاف ان القاضي لا يعول على مجرد
قوله بل يطالبه بالبينة على استحقاقه وعلى كون العين ملكا عليه وهذا انما
بني على الحاجة لتيسر الوصول الى الحق ولكن المشهور ما سبق وكانهم قدروا العجز
في رفعه الى القاضي اما لعجزه واما لتواريه ولم يقدروا عجزا في البينة وما
هذا يلزمهم المنع من الاخذ اذا قدر فيقولون لم يرفعه الى القاضي وليحلفه
فليس الا ذلك انتهى وهو مهذب له من النهاية ولم يصنعا شيئا والمذهب المنصوص
الاستقلال قال الشيخ ابرهيم المروذي في تعليقه المنصوص انه يبيعه بنفسه
ويصرفه الى حقه ومن اصحابنا من خرج قولا اخر انه يرفع الامر الى القاضي ليتولى القاضي
بيعه وهذا ليس بقوي لانه اذا رفع الامر اليه لا يصدقه وينتزع العين من
يده ويردها الى صاحبها ولعل القولين فيما اذا اداه القاضي سلف ماله او يخشى
جناية فيها المال وقلنا يقضي بعلمه وانما يبيع بنقد البلد كالوكيل انتهى وقال
الماوردي اذا اراد بيع الماخوذ في حقه فلاصحابنا وجهان يجوز ان يتولاه بنفسه

لتعذر بيع الحاكم له اذا تعذرت البينة والثاني وهو قول ابن ابي هريرة
لا يجوز لامتناع ان ينفرد ببيع ملك غيره في حق نفسه كالرهن ويتوصل الى بيع
الحاكم له بان يشاور عليه بحيلة ويحضر الى الحاكم ويدعي عليه ان له دينا على غريم
غايب وقد ائتمن هذا على ما في يده على ان يبيعه في ديني واسال الزامه بيع ذلك والا
فصادق منه ويعترف الحاضر بما ادعاه من الدين وانما انه على ما في يده فيامر الحاكم
ببيعه ولا يلزم ان يساله الحاكم عن دين واعترافه عن جهة الدين ولا ملك العين فيبيع
البيع باذنه ويصل صاحب الدين الى حقه من ثمنه وقد حكى عن ابن ابي هريرة عن هذا
وانه يتوصل اليه بان يدعي الذي على المدفوع اليه ذلك ويوافقه على اقراره وان ما
بيده ملكه حتى يامره الحاكم ببيعه وهذا ما حكاه الرافعي وغيره قال الماوردي وهو
كذب صراح والاول محال محتمل وكراهة العمل الموضوع تنزه عنه اهل الورع والتحرج
تدعت الضرورة الى استعمال الوجه الاول يعني انه يبيعه بنفسه مستقلا حيث
لا بينة له وقال الرافعي وهذا ارشاد الى الكذب من الطرفين ويضعف التفريع
على وجوب الرفع ويقوي وجه الاستقلال انتهى وقال الاذرعي قال ابن المرزبان
في الحيلة ان يدعي على من يامنه دينا على ذلك الشيء فيبيعه الحاكم وكانه يريد انه رهنه اياه
بدينه قال وكذلك اذا كان عليه حق على رهن لا يدفعه جاز للمرتهن بيعه على الوجهين انتهى
ولعل صوابه على احد الوجهين وبنى الجويني الخلاف في المسالة على الخلاف في ان
الملتقط اذا وجد مع اللقيط مالا واراد انفاقه عليه هل يرفع الامر الى القاضي
ام يستقل به ونازعه الرافعي بما ذكرناه في الغنية قال الرافعي فان لم نجد الا الاخذ
رفع الامر الى القاضي فهل للقاضي ان ياذن له في بيعه او تفويضه الى غيره فيه وجهان والاشبه
الاول قلت وكان الخلاف فيما اذا كان القاضي عالما بالحال او كان المدين
متواريا او متعذرا او قد قامت البينة عليه بالحق اذ لا خلاف ان القاضي لا يعول
على قوله بل يطالبه بالبينة على استحقاقه وعلى ملك الغريم العين والا فالحاضر
المتيسر احضاره مجلس الحكم لا بد من احضاره او توكيله والدعوى عليه وحينئذ يخرج
المسالة عن كونها من صور الظفر وسعد الموسلي بهذه الحالة ان القاضي ياذن له في
البيع بنفسه فتامله قال الرافعي وكيف طريقه عند الرفع ذكر في الوجيز ان القاضي

بيعه عليه بعد اقامة البينة على استحقاق المال وهذا ابطل فان نجوز
البيع عند العجز عن البينة وقيل يواطئ وذكر ما سبق قلت والغزالي
امامه فرضا الوجهين في المتواري والمتعزز اذا كان له بينة بالحق واشعر كلامهما
بمنع الاخذ حيث لا بينة له واذا امتنع الاخذ امتنع البيع لو اخذ وابدا في البسيط
ما سبق وكله مبني على ما نسبه الى القفال وقد علمت سدوده **تنبيهات**
منها على المصنف مناقشة من وجوه احدها ان المحرر لم يرجح شيا
بل قال فيه وجهان رجح كلا منهما طايفة من الاصحاب ثانيها اطلاقه ترجيح
استقلاله بالبيع من غير فرق بين ان يكون له بينة اولا مع قول الروضة انه اذا فيهما
كان القاضي جاهلا بالحال ولا بينة للاخذ فان كان القاضي عالما فالمذهب
انه لا يبيعه الا باذنه ثالثها اطلق انه يتملك الماخوذ من جنس حقه وقد علمت ما فيه
من التفصيل وانه اذا كان اعلا من نوع حقه وصفته انه لا يتملكه بل يكون كاختلاف
الجنس **ومنها** حكى الماوردي الوجهين في جواز الاخذ فيما اذا قدر
على حقه بالحاكم اما لوجود البينة او لاقرار المماطل ثم ذكر ان الجواز قول
من زعم ان المستحق يستقل ببيعه من غير حاكم وان المنع قول من زعم انه لا يجوز له
البيع الا بالحاكم وهذا ما اشار اليه في البسيط اثر كلامه على الاستقلال بالبيع
والدفع قال وهذا كله فيمن له بينة فان لم تكن وعلم انه لو دفعه الى القاضي لجحد
وحلف فكلام القفال في تكليفه الرجوع الى القاضي في البيع واقامة البينة
يشعر بانه لا ياخذ شيا وانما له التحليف فقط ولا يبعد عندي ان يجوز له
الاخذ اذا ظفر به لان المقصود ايصال الحق اليه اذا تعذر انتهى وما ابداه
هو المذهب المشهور **ومنها** اذا اريد بيع المظفور به نظر ان كان الحق من جنس
نقد البلد بيع به وان لم يكن بان ظفر بثوب والدين حنطة مثلا قال الرافعي فيباع
الثوب بنقد البلد ثم يشترى به الحنطة وحكى الامام عن محققي الاصحاب
انه يجوز ان يشتري الحنطة بالثوب ولا يتوسط النقد بينهما وقد سبق نظيره
قلت كانه اشار الى قوله في كتاب الوكالة انه لو راى الحاكم المصلحة
في البيع بمثل حقوق غرماء المفلس والمرتهن من غير نقد البلد جاز قال وقدم ذلك

في الرهن ولم يحك في الموضعين غيره فان كان الكلام هنا فيما اذا تولى الحاكم
البيع او اذن فيه صح النظر والبحوث هنا اولى لكن قضية اطلاقه انه لا فرق
هنا لكن قضيته اطلاقه انه لا فرق على ما نقله الامام بين ان يبيع بالقاضي او بنفسه
وسيأتي ما هو صريح في ذلك ويبيعه بنفسه بجنس حقه لم يتقدم له نظير فيما اعلم وظاهر
كلام الرافعي والروضة هنا ان ما حكاه الامام وجها وان المذهب انه لا يبيع
بغير نقد البلد ولهذا اطرحه من الشرح الصغير وفي تعليق ابرهيم المروذي وانما يبيع بنقد
البلد كالوكيل ويحتمل ان يقال يبيع بجنس حقه غير انه يبالغ في المماكسة انتهى وفي
البسيط اذا قلنا يبيع بنفسه وكان حقه برا او شعيرا قال الائمة يبيعه بنقد البلد
هكذا قال القاضي وفيه اشكال فان تكليف شيئين وتطويل الامر ولا بد من
تحصيل جنس الحق لا معنى له فليحصل جنس حقه في البيع الاول وقد ذهب طائفة
الى انه ان يبيع بجنس حقه وهو متجه وقال في الوسيط قال القاضي يبيع بالنقد ثم
يشتري به الحنطة فانه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض وقال غيره وهو الاصح بجنس
حقه ولا معنى للتطويل واقتضى كلامه في الكتابين ان للقاضي البيع بجنس الحق جزما
وانما التردد فيما اذا باع بنفسه مستقلا وما اقتضاه كلامه في بيع القاضي منطبق
على ما مر في الرهن وان صح هذا والا حصل ثلاثة اوجه ثالثها ان الحاكم يبيع به
دون المستحق ثم ذكرنا من البيع بجنس الحق على التقديرين انما يظهر اذا كان ثمن
المأخوذ قدر حقه او انقص منه اما لو كان اكثر منه بان كان له عليه حنطة قيمتها
عشرة دراهم مثلا فظفر بثوب يساوي مائة درهم ولم يمكنه بيع بعضه فيبعد ان يقال
يباع كله بجنس حقه سواء باع هو او الحاكم ولا سيما اذا كان جنس حقه مما يتسرع اليه
الفساد بل يتعين هنا البيع بنقد البلد ثم يشتري من الثمن مقدار حقه وهذا
ظاهر وان لم يذكروه ثم يسعى في ايصال بقية الثمن كما سيأتي **ومنها** اذا
لم يظفر الا بغير جنس الحق فقد اطلق المصنف وغيره له الاخذ من غيره وفي
وفي كلام بعضهم ما يقتضي انه لو كان حقه دنانير مثلا ووجد لغريمه دراهم وعروضا
واخذ الدراهم التي هي نقد البلد انه لا يأخذ العروض لئلا يحتاج الى بيعها بالدراهم
ثم يحتاج الى شرى الدنانير بها بل يأخذ الدراهم ليشتري بها جنس حقه من غير حاجة

الى بيع ثم يشترى والى هذا اشير قول الترغيب وان كان غير جنس حقه فان
وجد النقد اخذه فاشترى جنس حقه والا عدل الى غيره على الاصح لكن هل هذا واجب
كما لو وجد جنس حقه لا يعدل الى سواه على المذهب او هو على سبيل الاحتياط فيه
نظر والاول اقرب لانه تصرف ضروري فلا يجاوز به موضع الضرورة واخذ العرض
ثم بيعه بنقد البلد ثم شرى جنس الحق مع تمكنه من الظفر بنقد البلد فضول
لم تدع اليه حاجة ولا ضرورة **ومنها** لو كان المأخوذ يحتاج نقله
الى مؤنة نظر فان كان من جنس حقه وبصفته وكان بحيث لو دفعه الغريم لزمه
مؤنة نقله لانه في غير محل تسليمه فيحتمل ان يجوز له اخذ اجرة مثل نقله
ويحتمل ان يقال ان كان ينقله هو بنفسه او بعبده او بدابته فلا وان كان
باجرة فله ذلك وان لم يكن على المدين نقله لان ذاك مكان التسليم فلا يأخذ اجرة
على النقل اما اذا كان المأخوذ من غير جنس حقه او نوعه الواجب ومكانا لنقده
غير صالح للبيع فهل مؤنة النقل في مال الغريم ان قلنا يد الاخذ يد امانة فنعم
وان قلنا يد ضمان فيحتمل ان تكون على الاخذ كالمستام وفيه نظر اما اجرة الدلال
ونحوه عند الحاجة اليها فهي في مال المدين كما لو باع الحاكم او الوكيل ويتولى رب
الدين صرف ذلك بنفسه اذا قلنا يبيع بنفسه للضرورة ولم ار في هذا كله نقلا
والله اعلم **فرع في فتاوى القفال** لزيد على عمرو وغنم دراهم يسرق
زيد له الحنطة فامتنع عمرو من اداء دينه بما له عليه من الحنطة قال القفال ليس له
ذلك اذ لا يملك المقاص فقيل له على احد القولين اذا ظفر بغير الجنس له اخذه ثم بيعه
بنفسه او يوكل رجلا فيبيعه بجنس حقه ان كان ارفق بمالكه بان كان حقه دراهم
ونقد البلد دنانير وكان بيع العين المأخوذة بالدراهم ارفق به بيعها بها وان كان
بيعها بالدنانير ارفق بالمدين باعها بها ثم يصرفها الى الدراهم ثم يقبضه من نفسه
او وكيله لانه قام في هذا مقام الحاكم قال يعني القفال لم اسمع هذا ولكن لا يبعد ان يقال
ان عمرا صرف ما عليه من الدين الى الحنطة ثم يقبضها وكذا سارق الحنطة يوكل رجلا
ليبيع الحنطة ويصرفها الى الدراهم ثم يأخذ منه حقه انتهى وهذا منه يشعر بانه ليس
له ان يتولى بيعها بنفسه بل يوكل فيه فيكون وجها للشافعي يتولى البيع **قال**

والماخوذ مضمون عليه في الاصح فيضمنه ان تلف قبل تمكنه وبيعه اي لانه
اخذه لغرضه فاشبه المستام بل اولى فان المالك لم ياذن فيه ولان المضطر
اذا اخذ ثوب الغير لدفع الحر وتلف في يده ضمنه فكذا هنا وبهذا افتى القفال
وهو الاقوى في المحرر والشرحين وصوبها اورده الصيدلاني والامام والغزالي
وابرهيم المروذي وابن ابي عصرون في مرشده وتنبيهه وصححه في انتصاره **والثاني**
لا يضمنه من غير تفريط لانه ماخوذ للتوثق والتوصل الى الحق فاشبه الرهن ولان اذن
الشرع في الاخذ يقوم مقام اذن المالك وهذا ما صححه المحاملي في المقنع والجرجاني
في الشافي والتحرير والقاضي الروياني وارسل كثيرون الوجهين بلا ترجيح ومنهم
الماوردي وابن الصباغ والعمراني والفوراني والبغوي في التهذيب وفي تعليقه
وما اخذه مضمون عليه بحقه فلو كانت قيمته عشرة فعادت الخمسة فانه يسقط
من حقه خمسة ولو كانت قيمته خمسة فبلغت عشرة فكذا يسقط من حقه خمسة قال
المعلق قال شيخنا الامام اذا اخذ من غير جنس حقه وحينئذ لا يكون مضمونا عليه
كما لو دفع شيا الى رجل وقال بعه واستوف حقك منه لانه لا يملك عينه فكذا
ههنا انتهى واجاب ابرهيم المروذي عنه بان هذا ائتمنه وسلطه بخلاف الغريم
وسلك الامام وغيره طريقة سياتي ذكرها **تنبيهات وتتمات**
منها قضية كلام الشيخين جريان الوجهين فيما اذا كان الماخوذ
من جنس حقه وبصفته وقدره وهذا من ثمرة اختلاف العبارة السابقة في
ان الماخوذ من جنس حقه بصفته وقدره هل يملكه بالاخذ ام لا بد من احداث
تملك بعد ذلك والذي اقتضاه كلام الماوردي والمحاملي والبغوي وغيرهم
الاول وحينئذ يدخل في ضمانه بمجرد الاخذ بهذا القصد بلا خلاف والاصح
انما صوروا المسئلة فيما اذا اخذ غير جنس حقه ليستوفي منه بالبيع فتلف في يده
قبل ذلك انظر قول الماوردي في اخذه قدر حقه من جنسه بوزنه او كيله وصار ماخوذ
في ضمانه وعلى ملكه وان لم يقدر على جنس حقه وعدل الى غيره جاز فاذا اخذه
ففي حكم يده وجهان احدهما انها يد امانة لا توجب الضمان حتى يباع فيستوفي حقه
منه كالرهن فعلى هذا لو تلف في يده قبل بيعه كان حقه باقيا وجاز ان لا يعود فياخذ

بعد
من مال الغريم بقدر دينه والثاني ان يده ضامنة لما اخذه قبل بيعه و
بخلاف الرهن لان الرهن عن مراضاة وهذا عن اجبار فعلى هذا ان تلف
في يده كانت قيمته قصاصا عن دينه اذا تجانسا على الصحيح **ومنها** يظهر ان
محل الوجهين في غير الجنس فيما اذا اخذه ليباع في حقه اما لو اخذ عوضا عن حقه
كما يفعله كثير من الناس وقلنا بالمذهب انه ليس له ذلك فالوجه انه يضمنه بمجرد الاخذ
قطعا كما لو اخذ جنس حقه بهذا القصد اولى وحينئذ فقول لو اخذ جنس حقه لا لقصد
الاستيفاء بل ليتوثق به فيحتمل ان يقال يضمنه قطعا ويحتمل تخريجه على الوجهين في اخذ
غير الجنس وفيه نظر كما لو اخذ بيع غير الجنس بلا عذر فانه يضمنه جزما كما سياتي
وحينئذ فالضمان وعدمه يدور مع القصد الصحيح وخلافه ومحل الوجهين ايضا كما
قاله الماوردي اذا لم يتمكن من بيعها فان تمكن واستبقاها ضمنها وجها واحدا **ومنها**
اذا دخل الماخوذ من غير الجنس في ضمانه بالاخذ قال الرافعي فينبغي ان يبادر
الى البيع بحسب الامكان فان قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان واذا فرض في القيمة
انخفاض وارتفاع وتلف فهي مضمونة عليه بالاكثر كذا ذكره في التهذيب انتهى وعبارة
التهذيب بعد نقله الوجهين في كونه امانة او مضمونا فان قلنا يكون مضمونا عليه
فان كانت قيمته زايدة فانتقصت او ناقصة فزادت يكون مضمونا عليه بالاكثر اي اذا
تلف بالتاخير او باعه من بعد بدون ذلك وهذا معنى قول الرافعي فيما احسبه فان نقص
فنقصت قيمته ضمن النقصان وكلامه يفهم ان ذلك غير الاول والذي في البسيط والوسيط
وغيرهما ان ما نقص قبل البيع من القيمة بالتقصير يكون مضمونا عليه او بغير تقصيره
فلا وهو واضح ويجوز ان يكون كلام البغوي على ظاهره في التضمين بالاكثر كما هو
وجه في المستعير والمستام وان كان المرجح فيهما غيره بخلاف الغاصب ولا خفا انه
لو انفق رد العين لم يضمن نقصان السوق كالغاصب لينظر لو لم يجد من يشتريه
الا موجلا هل له بيعه كذلك ويهلك الثمن في ذمة المشتري اذا كان من جنس حقه
وقدره للضرورة ام لا لم ار فيه شيا وهل الكلام في ضمان الماخوذ بالقيمة في المقوم
اواعم من ذلك لم ار فيه شيا وفي البيان انه لو استغار مثليا فتلف في يده بغير استعمال
قال الشيخ ابو اسحق ان قلنا ما لا مثل له يجب قيمته اكثر ما كانت ضمنه ههنا بمثله وان

قلت فيما لا مثل له يجب قيمته يوم التلف ضمن هذا القيمة يوم التلف انتهى
والظاهر انه يضمن الماخوذ المثلي هنا بمثله ويكون كلامهم في قيمة المتقوم

ومنها ليس له الانتفاع بالعين الماخوذة للبيع فان انتفع فعليه اجرة
المثل قال الماوردي وليس له ان يبقيها رهنا في دينه لان الرهن عقد لا يتم
الا عن مراضاة بذل وقبول فان استبقى الماخوذ مع القدرة على البيع واخذ حقه
من ثمنه ضمنه وجها واحدا قلت ولا يبعد ان يقال لو كان حقه ذهبا او تبرا
فظفر برطب او عنب ان يجوز له تجفيفه واخذ حقه اذا كان مما يجب الابقاء منه وتجفيفه
اصلح للغريم وصوابين من البيع ولا سيما اذا امل بالرفع الى القاضي للبيع وان لم تكن
له بينة ومن وجوه الصلاح انه لو حصره لو جا بحقه ولو باعه رطبا لم يف ثمنه بحقه

ومنها قال الرافعي لو باعه وتملك ثمنه ثم وفى المستحق دينه عليه فيما علق عن
الامام انه يجب ان يرد اليه قيمة الماخوذ كما اذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب
من مال الغاصب واخذ وباعه ثم رد الغاصب المغصوب كان على المالك ان يرد قيمة
ما اخذ وباعه قال الرافعي ولكن اخذ المستحق وبيعه وتملكه الثمن نازل منزلة
دفع المستحق عليه وما دام المغصوب باقيا فهو المستحق والقيمة توخذ للحيلولة فاذا
رد العين كما لو دفع القيمة بنفسه وههنا المستحق الدين فاذا باع واخذ ثمنه ينبغي
ان يرد شيئا ولا ان يوقف عليه بعد ذلك شي انتهى وعبارة النهاية فيما اذا انه لو غصب
عينا من انسان وظفر المغصوب منه بعين للغاصب والامتناع قايم فله ان ياخذها
ويبيعها ويتشفع بقيمتها كما لو ابق العبد المغصوب فان الغاصب يغرم القيمة للمغصوب
منه وما ذكرناه ماخوذ من هذا الاصل ثم اذا رد الغاصب العين المغصوبة فيرد الظافر
قيمة العين فاذن ظاهر المذهب ان الظافر لا يبيع بنفسه وبيعه مخرج عند بعض الاصحاب
قال الصيدلاني لم يحك القفال انتهى واذا تاملت هذا علمت ان ما علق عن الامام
مفرع على ما هو عنده ظاهر المذهب والرافعي بني بحثه على ان للظافر البيع ووقع في
كفاية ابن الرفعة بعد سياقه صدر كلام الامام على الصواب ثم قال الامام فاذن البيع
بنفسه ظاهر المذهب واذا رد الغاصب العين رد الظافر قيمة العين انتهى وينبغي
في الغنية وبحثنا فيه وصواب كلام الامام قدمته وهو منع الظافر البيع فاعلم قال

ولا ياخذ فوق حقه ان امكن الاقتصار اي على قدره لحصول المقصود
به فان كان الماخوذ من جنس حقه ونوعه مما يجب الوفا من مثله اخذ مثل
حقه بالكيل او الوزن وان لم يجب الوفا منه لشرفه كما سبق او كان الماخوذ
من جنس آخر اقتصر عند الامكان ايضا على ما لا تزيد قيمته وليس له اخذ اكثر منه
لحصول الغرض به فان زاد بلا ضرورة فالزيادة مضمونة قطعا وهل يكون قدر
الحق على الوجهين السابقين او يكون الجميع مضمونا للتعدي فيه نظر والوجه ضمان
الجميع وعبارة الرافعي توهم خلافه حيث قال لا ياخذ اكثر من حقه اذا امكنه الاقتصار
عليه فان زاد فالزيادة مضمونة عليه ثم فصل حيث لا يقدر وجزم في الذخاير بالضمان
ونقل عن الخراسانيين التفصيل فيما اذا لم يقدر الا على ذلك وان لم يمكنه الظفر
الا باكثر من حقه فان كان من جنس حقه لعدم المعيار او غيره وامكنه التحري اخذ
قدر حقه تحريا فان طابق فذاك وان زاد تلطف في رد الزيادة كما سياتي وان
نقص فلا يخفى حكمه وان كان من غير جنسه او نوعه المستحق وهو اكثر فان كان
مما يتجزى باع منه بقدر حقه وسعى في رد الباقي اليه بهبة ونحوها وان كان لا يتجزى
كالحيوان والاواني فان قدر على بيع البعض بما هو حقه لو بيع الكل باعه وتلطف
في رد الباقي اليه وان لم يقدر عليه باع الكل نص عليه الشافعي واخذ من ثمنه
قدر حقه وحفظ الباقي الى ان يرده عليه وقال الرافعي تفريعا على طريقة الامام
ومن تبعه فان لم نطلق الابتياع بزيد قيمته على قدر حقه فان قلنا لو كان الماخوذ
قدر حقه كان مضمونا عليه ففي الزيادة وجهان احدهما انها مضمونة كالاصل
وارجحهما على ما يقتضيه نظم الوجيز المنع لانه لم ياخذ لحقه وهو معذور في
اخذه وان قلنا الماخوذ بقدر الحق لا يضمن فكذلك الزيادة وجزم في شرح الصغير
بان الاول ارجح واعرض عن اقتضا لفظ الوجيز وجزم في اصل الروضة
بانه الاصح وفيه نظر وفي ما علق عن البغوي اصحهما لا يكون مضمونة عليه وهو اختيار
شيخنا الامام والحاصل ثلاثة اوجه اصحها يضمن ما يقابل قدر حقه دون الزيادة

قال ولو اخذ مال غريم غريمه اعلم ان اطلاقه يشمل الجنس والواجب
له وغيره في جميع ما سبق وان غريم الغريم نازل منزلة الغريم وفيه نظر وعبارة

المحرر وكما يجوز الاخذ من مال الغريم الجاحد اي او المماطل كما قاله في الشرح
يجوز الاخذ من مال غريمه كما اذا كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله
يجوز لزيد ان ياخذ من مال بكر ما له على عمرو وهذا اخذ من التهذيب بلفظه
الا ان آخر كلامه جاز لزيد ان ياخذ من مال بكر بحقه الذي له على عمرو لان بكرا
غريم غريمه وان كان لزيد على عمرو حق وان كان لزيد على عمرو وحق وهو جاحد
فجاء بكر واقر لعمرو بحق فرد عمرو اقراره وقال لا شي لي عليك وصدق بكر زيدا ان
له على عمرو ما يدعيه فيجوز ان ياخذ من بكر ما اقر به لعمرو قال الشيخ الامام ولو جحد
بكر حق زيد على عمرو وعلم زيد ان ما اقر بكر لعمرو ثابت عنده فلزيد ان ياخذ من مال
بكر دون اذنه انتهى لفظه وهو مشتمل على ثلاث صور اذا علمت هذا فقد نقل
الرافعي المسئلة الاولى بلفظ التهذيب المذكور في المحرر ثم قال متصلا به ولا
يمنع من ذلك رد عمرو اقرار بكر له ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو انتهى
وتبعه في الروضة وكانه قصد بذلك الاختصار وفيه ايهام بين ولذلك قال ابن الرفعة
في الكفاية ولو كان للجاحد او المماطل على شخص دين فيجوز للمجحود دينه ان ياخذ
من مال الجاحد قدر دينه ان ياخذ من مال الجاحد قدر دينه ولا يمنع من ذلك
رد الجاحد اقرار المدين له ولا تكذيب المدين للمدعي على الجاحد كذا قاله الرافعي
انتهى ولم يذكر البغوي في التعليق الصورة الاولى التي اقتصر على ايرادها
المحرر وانما قال ولو كان لرجل على رجل دين وهو منكر او كان مماطلا فاقر رجل
للمديون المنكر بدين فالمديون رد اقراره وقال لا شي لي عليك والمدعي صدق
المقر بان عليه للمقر له دينا قال الشيخ القفال يجوز للمدعي ان ياخذ من المقر
ما اقر به لانه غريم غريمه قال فكما يجوز له اخذ ماله يجوز له اخذ مال غريمه قال القاضي
رحمه الله عندي ليس له ذلك لانه قد ارتد اقرار المقر برده فلو ان المقر له ادعاه
بعد ذلك هل يحتاج الى استيناف الاقرار من المقر وجهان ان قلنا يشترط لا يكون
للمدعي اخذ حقه منه ما لم يستانف اقراره وان قلنا لا يحتاج فله اخذه منه حتى لو
كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر دين وبكر منكر فيجوز لزيد اخذ مال بكر اذا
عجز عن اخذ حقه من عمرو انتهى لفظه وفي تعليق الشيخ ابرهيم المروذي ولو كان لزيد

على عمرو دين وهو جاحد له بحيث يجوز له ان ياخذ ماله ان ظفر به ولكن على
زيد دين وهو بحيث يجوز له ان ياخذ مال زيد ان ظفر به وكان زيد غايبا فلبكر
ان ياخذ من مال عمرو ما لزيد عليه وله على زيد انتهى والظاهر ان هذا وما قبله عن
تعليق البغوي هو الصواب والنقل المحرر لاما تقتضيه اطلاق المنهاج ثم ان
قول المحرر والشرح ولعمرو على بكر مثله هل المراد مثله في اصل الدين لا في الجنس
والصفة او حقيقة المثلية بحيث يجوز له تملكه لو ظفر به من مال غريمه ولا يتوقف في ذلك
غريم الغريم كما يتوقف في مال الغريم هذا محتمل والظاهر الاول اذا لم نقل الاطلاق
على ما ذكرناه عن تعليق المروذي والبغوي لان غريم الغريم جاحد ظالم يجوز لغريمه
الظفر بماله فقام غريم غريمه مقامه في الظفر واما اذا كان غريم الغريم مقرا او عليه
بينة بدين غريمه ولا شعور له بالحال ولا ظلم منه لغريمه ولو اخذ منه غريم غريمه على وجه
الظفر لا غرمه غريمه ثانيا فهذا اضرار بين لا دليل عليه ولا تزر وازرة وزر اخرى
ومن المحن فهم فاهم عن الروضة ان له نقب جدار غريم غريمه وكسر بابه كما له ذلك مع غريمه
وهذا ان كان المراد ان غريم الغريم ظالم له جاحد فمحتمل كما يكون ذلك لغريمه وان لم
وان لم يكن منه جحود ولا ظلم فلا يتحمل القول به ثم رايت في تعليق البغوي ما لفظه
فرع لو كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر دين وبكر منكر فيجوز لزيد ان ينقب
جدار بكر وياخذ ماله باذن عمرو الا انه اذا اخذ ماله ليس له بيعه الا باذن
عمرو ولا يجوز لعمرو ان ياذن في نقب جدار بكر لغريم له عليه الدين لاخذ ماله
قال شيخنا الامام رضي الله عنه الا انه اذا انكر عمرو دين زيد وانكر بكر دين
عمرو فحينئذ يجوز لزيد اخذ مال بكر لانه غريم غريمه انتهى والمراد بالشيخ الامام
البغوي فتعين تنزيل اطلاق القول بالاخذ من مال غريم الغريم على ما ذكره وهو
كونه جاحدا او مماطلا ظالما لغريم الاصلي لا على الاطلاق كما هو المتبادر وقد
خبطت في هذا المكان في الغنية والذي تحرر عندي ما ذكرته والله اعلم فرع
لكل منهما على صاحبه مثل ما له عليه فان قلنا يحصل التقاص فذاك والا وجحد
احدهما الآخر فللآخر جحده ليحصل التقاص للضرورة على اصح الوجهين في الروضة
ولم يذكر الرافعي ترجيحا ثم جعلهما ملتفتين تبعا للامام والغزالي الى الظفر بغير جنس

الحق والمذهب جواز الاخذ قال الامام بعد ذكر البناء ولعل القياس
ان له ان يجحد والعلم عند الله تعالى انتهى وهذا ظاهر ان لم يجر تحليف عند الحاكم
فان طلب منه اليمين ففيه نظر من جهة ان النظر الى نية القاضي المستحلف اللهم
الا ان يقال يجوز التورية هنا للضرورة كما يجوز الجحود ثم رايت ابن الصلاح
قال قول الوسيط يلتفتان على الظفر بغير جنس حقه فيه اشكال من حيث ان
الدين متجانسان فلم يلتحق بالظفر بغير جنس حقه ثم ازداد اشكالا لا بقول الامام
في النهاية فعل وجهين على قولنا لو ظفر بغير جنس حقه لا اخذ وهذا يقتضي ان يكون
المراد بقول الوسيط يلتفتان الى آخره انا اذا قلنا لا يجوز الاخذ من غير جنس
حقه فلا يجوز الجحود ههنا واولى وان جوزنا ذلك فههنا وجهان لكن هنالك
بيع ويستوفى وليس في الجحود هنا استيفاء حقه وانما هو اسقاط في مقابلة اسقاط
فقد اشبه التقاص مع عدم الرضا واسقاط الحق من غير رضى صاحبه بعيد يعني
على القول باعتبار الرضى فلم يتضح لي ما ذكره والذي افهمه من كلام النهاية ما اقتضاه
كلام الروضة من البناء وجه الجواز على ما عليه التفريع التقاص ووجه المنع عدم
وجود الرضا المعتبر على ما عليه التفريع **فرع** جحد دينه وله عليه دين
بصك قد قبضه وشهوده يجهلون القبض قال ابو عاصم العبادي وتبعه القاضيان
الهروي وشريح الروياني يدعي ذلك ويقيم البينة ويقبضه بعينه الاخر وفي فتاوى
القفال انه ليس له اقامة تلك البينة لانها لو شهدت وقال الخصم قبضته
ما شهدوا به واستحلفه لم يكن له ان يحلف وذلك يدل على ان ما يشهد به غير ما يدعيه
وصححت الروضة الاول وقال الزنجاني في مختصر الشرح الكبير المحكي عن الفتاوى
لا شك في المقابل ولكن لم لا يجعل هذا سبيلا الى تخليص حقه كما جعل اخذ مال
آخر من جنس طريقا اليه مع التغاير اذا الدين يتغاير بالتعين واما اليمين فلو حلف انه
يستحق عليه كذا امكن منه ولا يحتاج لما ذكر السبب والتعيين انتهى وما قاله في اليمين
حسن ان كان القاضي يرى الفتح بذلك ويظهر على المرجح انه لو كان الدين على غائب
او ميت وغيرهما حيث توجب اليمين على عدم المسقطات انه لا يجوز له ذلك اذ المعتبر
نية القاضي المستحلف وسواء كلفه على ما اقامت به البينة فاذا قصد بيمينه غيره لم يطابق

اللهم الا ان يقال بعفو التورية ههنا للضرورة وسئل ابن الصلاح
عن امراة ابرأت زوجها من صداقها ثم مات وعليه دين لم يثبت في الحكم وهي
ضامنة له فهل لها اقامة البينة على صداقها ويحلف عليه وتاخذ الدين وتوفيه
عنه فاجاب ان كانت ضمنته بغير اذنه فلا او باذنه فطريقها ان تودي عنه الدين
اولا ثم تحلف على مقدار الصداق انها مستحقة لهذا المقدار من غير ان تصفه
بكونه صداقا فانه لا يلزمها التعرض لذلك انتهى وفيه اشكال من جهة نية القاضي
كما اشرنا اليه **فرع** لو لم يجحد بل صغر او غيره ان ياخذ من مال غريمه على
وجه الظفر ما يستحقه كما لو كان الدين لنفسه ونقله هند داله له وصرح به الائمة
وسبق نقله عن النص لكن هل يقول يجب على الولي ذلك اذا امن ولم يتمكن من الاخذ
بالحاكم فيه نظر وهل يقف جدا والغريم حيث يجوز له لو كان الدين لنفسه فيه احتمال
ولا شك انه لا يلزمه **فرع** قال ابن عبد السلام في القواعد وكان احد
سلاطين العلماء كما قاله تلميذه الامام ابن دقيق العيد في الالمام فان قيل ما
تقولون فيمن له حق على انسان فاستعان على اخذه ببعض الولاة والقضاة فيسا(عده) على
عليه بغير حجة شرعية فهل يجوز له ان يستعين بالوالي او القاضي على ذلك مع كون
الوالي والقاضي اثمين في اخذهما الحق بغير حجة شرعية ام لا **قلنا** اما
الوالي والقاضي فاثمان واما المستعين فكما ينبغي ان ينظر فيه فينبغي ان ينظر
فيه الى الحق المستعان عليه وله رتب احدها ان يكون الحق جارية يستحل غاصبها
بضعها فلا ارتياب بالاستعانة بالوالي والقاضي وان عصيا بذلك بل واجب عند
القدرة عليه لان مفسدة معصية الوالي والقاضي دون مفسدة الغصب والزنا
وكذلك لو غصب انسان على زوجته فاستعان على تخليصها بهما فلا اثم عليه مع كونهما
اثمين لان مفسدة بقائها مع من يزني بها اعظم من مفسدة مساعدة الوالي والقاضي
بغير حجة شرعية وكذلك لو استعان بالاحاد فاعانوه بمجرد دعواه اثموا دونه لان
مفسدة مخالفتهم الشرع في هذا دون المفسدتين المذكورتين ٥ الرتبة الثانية
اذا استعان بالولاة او بالقضاة او بالاحاد على رد المغصوب من غاصبه والمجحود
من جاحده فاعانوه على تخليصه بغير حجة شرعية مثل ان غصب انسانا دابته وثيابه

وسلاحه ومنزله وماعونه او يجد ذلك من غير غصب فاستعان بهم فاعانوه
على ذلك فلا يحرم شرعته اثم وادونه لان مفسدة بقاء ذلك بيد الغاصب والجاحد
اعظم من مفسدة عصيانهم لان الصادر منهم مجرد معصية لا مفسدة فيها والصادر
من الغاصب والجاحد عصيان مع تحقق المفسدة وقد يجوز اعانة العاصي على
معصيته لا من جهة كونها معصية بل لما تضمنته الاعانة من المصلحة كما ذكرناه
في فداء الاسرى المرتبة الثالثة ان يكون الحق حقيرا كالكسوة ونحوه فهذا لا يجوز
الاستعانة على تخليصه بغير حجة شرعية لان مفسدة عصيان المساعدة عليه تربي
على مفسدة فواته انتهى ويجب ان يكون هذا في غير المضطر الى كسوته ونحوها وقد
يقال مفسدة عصيان القاضي بالمساعدة بغير حجة على تخليص الدين المجحود او المال
المغصوب تربي على مفسدة فوات المال لا سيما اذا كان المستحق غنيا والمجحود او المغصوب
حبة كشاة وثوب ومائة درهم مثلا لان القاضي يفسق بذلك ويترتب عليه
فساد عقوده واحكامه وانكحته وغيرها اذا اصر على الولاية ولسطر فيما ذكره رحمه
الله من عدم تأثيم المستحق هل محله اذا لم يجد طريقا الى الظفر بخلاص دينه ونحوه الا
بذلك ولا فرق بين ان يمكنه الظفر اولا ولعل الاول اشبه لان له مندوحة
عن حمل القاضي ونحوه على الحكم بالباطل وسئلت مرة عن رجل اقرض آخر مبلغا
خطأ فجحد المقترض فحصل له شهود زور يشهدون له بالقرض على المقترض فهل له
فعل ذلك فيما بينه وبين الله وأخذ ماله فاحجمت عن ذلك واستعظمته مع استحضاري
لكلام الشيخ عز الدين رحمه الله تعالى

فصل قال رحمه الله

والاظهر ان المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافقه فاذا اسلم
زوجان قبل وطء فقال اسلمنا معا فالنكاح باق وقالت بل مرتبا فهو مدع ○ عرفنا
بالسنة الصحيحة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر واسبط سببه فيكفي
جانب المنكر اقوى لموافقته الظاهر والبينة اقوى من اليمين لبرائتها عن تهمة
جلب النفع فجعلت البينة على المدعي ليجبر قوة الحجة ضعف جانبه وقنع من المنكر
بالحجة الضعيفة لقوة جنبه وهذه القاعدة يحتاج الى معرفة المدعي والمدعى عليه
ليطالب كل بحجته اذا تخاصما اذا عرفت هذا ففي حد المدعي والمدعى عليه قولان

مستنبطان

مستنبطان من اختلاف قول الشافعي في مسئلة اسلام الزوجين قال الرافعي
وقد يوهم ايراد الغزالي انهما منصوصان والمعتمد المشهور الاول وقد بنى الخلاف
في الفرع على الخلاف في الاصل المبني عليه انتهى وايراد الغزالي ظاهر او نص في
كونهما منصوصين حيث قال اختلف قول الشافعي في صورة المدعي والمدعى
عليه وحده فقال في موضع كذا وقال في موضع كذا انتهى ذكره وهو امام ثقة لا اعلم
في المراوزة اكثر اطلاعا على نصوص الشافعي منه يعرف ذلك من طالع كتابيه ونظر نصوص
الام وغيرها وقد قال الشافعي اول الدعاوى من الام اصل معرفة المدعي
والمدعى عليه ان ينظر الى الشيء في يديه ولا يحتاج الى سبب يدل على صدقه بدعواه
الا قوله وهكذا ان ادعى عليه دينا او اي شيء ما كان كلف البينة ودعواه في ذمة
غيره مثل دعواه شيئا قائما بعينه في يد غيره وقاله ابو حنيفة انتهى لفظه بحروفه
وعلى ايراده بالمعنى اقتصر كثيرون ○ عدنا الى بيان القولين احدهما ان المدعي
منهما من لو سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يخلي ولا يقنع بسكوته والاظهرهما
على ما تشعر به لفظ المختصر وتقتضيه كلام كثيرين وصرح به الروياني ان المدعي
من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافقه وهو قضية نص الام السالف
فاذا ادعى زيد دينا في ذمة عمرو او عينا في يده فانكر فزيد لو سكت ترك وهو الذي
يذكر خلاف الظاهر لان الظاهر براءة ذمة عمرو وفراغ يده عن حق الغير وعمرو
لا يترك وسكوته ويوافق قوله الظاهر فزيد مدع بموجب العبارتين وعمرو مدعى
عليه ولا يختلف موجبهما في الاغلب وقد يختلف كما لو اسلما قبل المسيس ثم قال
الزوج اسلمنا معا فالنكاح باق بحاله وقالت الزوجة بل على التعاقب فلا نكاح
بيننا فان قلنا المدعي من لو سكت ترك فهي مدعية والزوج مدعى عليه لانه لا يترك
وسكوته فانها تدعي انفساخ النكاح فيحلف الزوج ويحكم باستمراره اذا حلف وان
قلنا بالاظهر فالزوج مدع لان المعية التي زعمها خلاف الظاهر والمرأة مدعى
عليها لموافقتها الظاهر فتحلف فاذا حلفت حكم بالفرقة ○ ولو قال اسلمت قبلي
فلا زوجية ولا مهر وقالت بل اسلمنا معا وهو بحالها فالفراق بلا مهر قطعا والقول
قوله في المهر على الاظهر وعلى الاول قولها لانها لا تترك بالسكوت لان الزوج يزعم

سقوط المهر فاذا سكتت ولا بينة جعلت ناكلة وحلف وحكم بالسقوط ٥
قالت الائمة والامناء المصدقون في الرد باليمين مدعون لانهم يزعمون الرد الذي
هو خلاف الظاهر لكن اكتفي منهم باليمين لانهم ائتمنوا الذين لغرض المالك وقد
ائتمنهم فلا يحسن تكليفهم بينة على الرد وتكلف ابو الحسن العبادي فقال انهم
يدعون ما يوافق الظاهر لان المالك مساعدهم على الامانة ساعدهم على الامانة
بائتمانهم فهم يستبقون الامانة وهو يزعم ارتفاعها فكان الظاهر معهم قال
وعلى الحد الآخر فهم المدعى عليهم لان المالك لو سكت ترك قال الروياني وغيره
وقد يكون الشخص مدعيا ومدعى عليه في المنازعة الواحدة كما في صورة التحالف
الرافعي هذا ما نقول الاصحاب هنا وورآه كلمات **احدها** يمكن ان يعكس
ما ذكره من البناء فيقال ان قلنا ان المدعي من يترك وسكوته فالمدعي في اختلاف
الزوجين انما هو الزوج لان النكاح حقه فلو تركها ولم يطالبها ترك وهي لا تترك
لو سكتت واعرضت وان قلنا بالاظهر فهي المدعية لزعمها ارتفاع النكاح والظاهر
دوامه **قلت** قال الزنجاني وهذا فيه نظر لان النكاح كان ثابتا فلو لم يدع
الفراق وسكت لطالبها الزوج بحقوق الزوجية فهي المدعية اذن انتهى
٥ **والثانية** ما المعنى بالظاهر في قولنا المدعي من يخالف قوله الظاهر انعني
به مطلق ما يدل عليه دليل ام نعني به مطلق ما يدل عليه دليل ام نعني به الظن
الراجح والاغلب ام استصحاب ما كان موجودا وعدمه ان عنينا الاول لزم ان يكون
كل واحد من المتداعيين مدعيا ابدا لان دليلا ما يدل على صدق هذا وآخر على
براءة هذا وان عنينا الظن الاغلب فهذا يختلف بالاشخاص والاحوال والقرائن
الواقعة في الحادثة فتارة يغلب على الظن صدق الطالب واخرى صدق المنكر وان
عنينا استصحابا ما كان فلم تجعل المراة مدعى عليها اذا قلنا بالاظهر وهي لا تستصحب
شيئا بل تترك استصحاب الاصل الذي كان **قلت** اقول نعني به القدر المشترك
بين هذه الامور المعينة على انا نقول لم لا يجوز ان يكون المراد الاستصحاب فان
قالوا المراة لا تستصحب شيئا قلنا لا نسلم بل تستصحب بقاء احدهما على الكفر عند اسلام
الآخر او يقول نعني به ما يخرج على وفق الغالب المستمر ولا شك ان التعاقب كذلك لا

التساوق انتهى وعنى بالتساوق المعية ٥ **الثالثة** لا شك ان التنازع
في كيفية الاسلام ليس مقصودا لعينه وانما الزوج يدعي استدامة النكاح وهي تزعم
ارتفاعه فتشبه ان يقال كل واحد منهما مدع لشيء اما هو فاستدامة النكاح وطلب
طاعتها لطالب مال من غيره واما هي فدافعة لمن يقول ابرأتني او اديته فان قلنا
يحلف الزوج فهو على قياس دعوى الدوافع وذكر البغوي انه الاصح وان قلنا يحلف هي
فسببه تقوي جانبها بظاهر الحال وان كانت مدعية كما يحلف المودع على الرد والهلاك
وان كان مدعيا للمعنى السابق وهذا طريق يغني عن تخريج القولين على الاصل
المذكور واعلم ان المراد من قولهم ان المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر او من
يدعي امرا جليا انه لو انكر ونازع الطالب كان كذلك لا انه يتوقف كونه مدعى عليه على
ان ينكر وينازع هذا كلام الرافعي رحمه الله وورآه فوائد **منها** قوله
ولا يختلف موجب القولين في الاغلب وقد يختلف كما لو اسلما يفهم ان لاختلاف
الحديثين فوائد اخر غير ذلك وفي الابانة بعد ذكر القولين عن الشافعي في صورتين
وهذا اختلاف من طريق العبارة والا فلا يبين له الا في مسئلة واحدة تعني مسئلة
اسلام الزوجين هذه لكن ذكر الامام والغزالي والرافعي وهذا كلامه في اخر كتاب
الرهن انه لو رهنه عصيرا ثم اختلفا وقال المرتهن قبضته وقد تخمر فلي الخيار في البيع
المشروط فيه هذا الرهن وقال الراهن بل صار عندك خمرا فقولان اصحهما ان القول
قول الراهن مع يمينه وخرج مخرجون القولين على كذا وعلى الاصل المذكور هنا فان
قلنا بالاول يعني ان المدعي من يدعي امرا خفيا والمدعى عليه من يدعي امرا جليا فالمدعي
الراهن لانه يزعم جريان القبض الصحيح والاصل عدمه فيكون القول قول المرتهن
وان قلنا بالثاني يعني وهو ان المدعي من لو سكت ترك والمدعى عليه من لو سكت لم
يترك فالمدعي المرتهن لانه لو سكت لترك والراهن لا يترك لو سكت فيكون القول قول
الراهن واستنبط الفاضل الحسين من هذين القولين الجواب في فرعين احدهما في
سلم العبد المشروط رهنه ملفوفا في ثوب ثم وجد ميتا ثم اختلفا فقيل مات عنده ففي الصدق
القولان والثاني اشترى مائعا وجاء بظرف اقبضه البائع فيه فوجدت فيه فارة
ميتة فقال البائع كانت في ظرفك وقال المشتري بل اقبضتنيه وفيه الفارة ففي المصدق

القولان ولو زعم المشتري انها كانت فيه يوم البيع فهذا الخلاف في ان العقد جرى صحيحاً ام فاسداً وقال القفال في الفتاوى يحتمل ان يكون القولان في بعض الاقرار تاتيا على المعنى في حد المدعي والمدعى عليه ان قلنا المدعي من لو سكت ترك فيهما بعض ولا يحلف المقر له وان قلنا المدعي من يدعي امرا باطنا والمدعى عليه من يدعي امرا ظاهرا فالقول قول المقر ههنا لان الظاهر معه وهو براءة الذمة فههنا يلتفت الى تحليف المقر **ومنها** قال في البحر في كلامه على تعريف المدعي والمدعى عليه من اصحابنا من قال حقيقته مذهبنا ان من ادعى حقا او ملكا الى نفسه او زعم سقوط حق عن نفسه فهو مدع ومن اقتصر على مجرد النفي فمدعى عليه ولهذا قلنا يمينه ذكر البدل لانه يضيف ملك ما في يده الى نفسه كما يضيف الخارج **ومنها قال ابن الدم** اختلف عبارة الائمة فقيل المدعي من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفيه وقيل المدعي من يقول بالاختيار والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار وقيل المدعي من اذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يترك وسكوته وهذه العبارة بمعنى التي قبلها وقيل المدعي من يدعي امرا باطنا خفيا والمدعى عليه من يدعي امرا ظاهرا جليا وهذا الحد وما قبله استنبطهما الشيخ القفال في مسئلة اسلام الزوجين قبل الدخول انتهى وقال الجرجاني المدعي في الشرع كل من ادعى عينا في يد غيره او حقا في ذمته والمدعى عليه كل من ادعى عليه عين في يده او حق في ذمته وهذا انقضه في الام وقال الصيمري حد المدعي من اذا ترك الخصومة ترك الى آخره قال وقد يعبر عن ذلك ان المدعي طالب والمدعى عليه مطلوب وقيل المدعي من حسن ان يطالب بالبينة والمدعى عليه بخلافه وايضا فالمدعي من يدعي خلاف الظاهر والمدعى عليه من الظاهر معه واقتصر الماوردي هنا على قوله المدعي هو الطالب من غيره شيئا في يده او ذمته الى آخر ما سبق عن الجرجاني وقال في الام قال والفرق بينهما ان الطالب اذا تارك ترك والمطلوب اذا تارك لم يترك وهذا اختاره الروياني وصدر به الصيمري كلامه السابق في شرح الكفاية واشعر سياقه بان كلا من الحدين صحيح **ومنها قول الرافعي** وقد تكلف ابو الحسن العبادي الى آخره يفهم انفراده به وضعفه وليس كذلك بل سبقه اليه القاضي الحسين وجرى عليه الائمة فقال القاضي يشكل على من قال بالاول يعني

القول الاظهر دعوى المودع الرد او التلف فان دعواه يخالف الظاهر ومع هذا جعلنا القول قوله الا ان ههنا اصل آخر وهو بقاء الامانة والمودع يدعي الحالة وفي الحقيقة يصير المودع مدعيا والمودع يدعي عليه الحالة انتهى وجزم بهذا الجواب البغوي وابرهيم المروذي في تعليقيهما وقال الامام في النهاية وتبعه في البسيط فان قيل المودع اذا ادعى رد الوديعة فليس يدعي امرا جليا فلم جعلتم القول قوله واحللتموه محل المدعى عليه قولا واحدا قلنا اذا اصطلحنا عليه من لو سكت ترك لم ينحرم الضبط لمسئلة المودع وان قلنا من يدعي امرا خفيا فسبيل تخريج المودع على ذلك ان الايداع ائتمان وحكم الامانة ثابت شرعا للمودع ولا معترض على الشرع فاذا انكر المودع الرد فكانه يضمنه والاصل ان الامانة الثابتة لا تزول وهذا ظاهر في دعوى الرد وهو في دعوى التلف اظهر فان دعوى التلف مسموعة من الغاصب في الراي الاظهر انتهى ولخصه في البسيط فقال ان قلنا المدعي من يترك وسكوته فهو كذلك وان قلنا من يدعي امرا خفيا فهو مؤتمن من جهة المودع وبالتكذيب نسبه الى الخيانة والاصل بقاء الامانة وعبارة البغوي والمروذي في الجواب قلنا لا بل هو يدعي امرا ظاهرا وهو بقاؤه على الامانة وجرى على ما قالوه صاحب الذخائر وغيره **فرع** لا خفاء ان الدعوى تشتمل على مدع ومدعى عليه ومدعى به وهو ما تنازعا ومدعى عنده وهو من ينفذ حكمه من قاض ونحوه وقد اغفل المصنف هنا منها تعريف المدعي والمدعى عليه وكانه اكتفى بقوله في باب دعوى الدم وانما تسمع من ملتزم على مثله ولكن هل ذلك الكلام في كل مدع ومدعى عليه فيه نظر ولنذكر ما حضرنا فنقول قال جماعة من العراقيين هنا لا تصح الدعوى الا من مطلق التصرف فيما يدعيه ووجه بان صحة التصرف علم الاهلية وهي مستفادة باطلاق التصرف ولان المقصود بالدعوى التسلط على المدعى به فاشترط ان يكون من اهل التصرف فيه وقضيته هذا ان تسمع دعوى السفيه المحجور عليه ولذا ان يحلف ويحلف اذ له استيفاء القود والعفو قال الائمة فاذا آل الامر الى المال فصد الولي دونه وانه لا تسمع دعواه بالمال لانه ليس بمطلق التصرف فيه كما صرح به جماعة منهم واقتضاه كلام آخرين قال الصيمري في شرح الكفاية لا تسمع الدعوى الا

من بالغ بمال لا يحجر عليه بسفه ثم استثنى بعدما اذا كانت الدعوى في دم وسمع
قال لانه لو اقر حكم عليه واطلق في اللباب تبعا لاصله الرونق ان دعوى المحجور
عليه بسفه فاسدة كدعوى الصبي والذي قال القاضي الحسين في باب الامتناع
من اليمين لا تصح الدعوى منه بالمال وان قال يلزمه تسليمه الى قيمه وهذا قضية
قول غيره من اتباعه وغيرهم ان من شرط صحة الدعوى ان يقول المدعي ويلزمه تسليمه
الي وقال الماوردي والبغوي والرافعي في كتاب القسامة كما سبق انها تسمع منه ويحلف
ثم الولي باخذ المال اذا اوجب وكذلك قضيته ان لا تسمع الدعوى ان هذا العبد
كان لي واعتقته وغصبه فلان وقد قالوا انها تسمع وكذا قضيته ان لا تسمع
دعوى المراة النكاح لانها غير مطلقة التصرف فيه وقد قالوا ان اقترن بدعواها
دعوى مهر او نفقة ونحوها سمعت بلا خلاف وكذا ان تجردت دعوى النكاح على
الصحيح هكذا اورده ابن الرفعة بن الصورتين وفي ورودهما نظر ولو صح ذلك
لورد صور كثيرة كدعوى العبد العتق ودعوى الزوجة الطلاق وغير ذلك فيما احسب
قال ومتى ادعى نقدا اشترط بيان جنس ونوع وقدر وصحة وتكسر
ان اختلفت بهما قيمة او عينا ينضبط كحيوان وصفة بصفة السلم وقيل يجب معها ذكر
القيمة فان تلفت وهي متقومة وجب ذكر القيمة اعلم انه يعتبر لصحة الدعوى
ان يكون بحيث تسمع ويطلب جوابها واعتبر الغزالي في صحتها وصفين احدهما العلم
بالمدعي فان المقصود فصل الامر وايصال الحق الى المستحق وذلك يستدعي العلم والثاني
كونها ملزمة كما سياتي بيانه وقد شرع المصنف في بيان جمل من الشروط الاول فذكر
النقد قال الرافعي فان كانت الدعوى في الاثمان فلا بد من ذكر الجنس والنوع والقدر
قال في الشامل وغيره فان اختلفت الصحاح والمكسرة قال صحاح او مكسرة وقول البندنيجي
وغيره ولا بد ان يذكر صحاح او مكسرة محمول على ذلك ويويد ان بعض من اطلق عبارته
علله بان بينهما تفاوتا ثم مطلق الدينار يحمل الشرعي فلا حاجة الى ذكر الوزن
ذكره الشيخ ابو حامد هذا ما اورده الرافعي وقال غيره يذكر في الدين الجنس والقدر
والصفة التي تختلف بها الاعراض لان بذلك يحصل التعريف ويقول لي عليه او عندي
كما قال في البحر ذهب دينار عتق او فضة درهم جديد او قمح صاع صفته كذا او يذكر صفا

ونحو ذلك فان قوله ذهب وفضة وقمح وشعير ونحوها بيان للجنس وقوله
دينار ودرهم وصاع بيان للقدر وقوله عتيق او جديد من صفته كذا بيان للصفة
وقضية كلام المهذب وغيره انه يعتبر ذكر اربعة اشيا الجنس والنوع والقدر
والصفة في كل دين يدعيه وقيد ابن ابي عصرون الصفة بالحلول والتاجيل
وفيه نظر وجزم الصيمري بانه لا يلزمه ان يقول حالة او مؤجله فان قاله كان تاكيدا
ومطلق ذلك يقتضي الحلول واعتبر الاربعة المذكورة الماوردي وتبعه في البحر
فيما اذا كان الدين اجرة او ثمن مبيع او قيمة متلف وانه لا يجوز ان يطلق ذكر الدراهم
والدنانير في الدعوى وان جاز اطلاقهما في الاثمان لان زمان العقد يفيد صفة
الاثمان بالغالب من النقود ولا يتقيد ذلك بزمان الدعوى ليقدمها عليه وعدا
كون الدراهم بيضا او سودا وكون الدنانير مسوقة او مغربية في اختلاف الانواع
وكذا ذكر الطابع ان نسب الدراهم والدنانير الى طابع وقالا ان ذكر العتق والجدة
والصحة والتكسير لا يشترط عند عدم اختلاف القيمة بهما اذا لم يكن سلما وذا بنت في
روضة الحكام ولو ادعى عليه نقدا ولم يصفه حمل على نقد البلد ان كان نقد البلد
واحدا كما في البيع يجوز اطلاق النقد واتحاده الاصطخري قال وحكي حدث
عن بعض اصحابنا انه لا بد من بيان النقد الذي يدعيه بخلاف العقود فان الاصل
فيها طلب تصحيحها ما امكن انتهى لفظه في باب الدعوى الناقصة وما صدر به كلامه
هو ما عليه عمل القضاة ويجوز ان يقال ان اضاف النقد المدعى به الى عوض كفى
اطلاقه عند اتحاد النقد هناك وان اختلف او اطلق الدعوى من غير بيان سبب
اللزوم اشترط الوصف ثم رايت الدبيلي قال واذا كانت الدعوى بدراهم فتصحيحها
ان يذكر قدرها وجنسها ونوعها ويقول راضية او شي عيلم واسما عيلية حتى فان
كانت الدراهم عن بيع باعه في الوقت جاز ان لا يصفها ويذكر قدرها وتكون
نقد البلد انتهى لفظه وما قاله ظاهر وقوله في الوقت ليس بقيد مطلقا
بل متى اضاف العوض الى وقت ومكان لم تغير فيه النقد الغالب كفى اطلاقه
كما في وقتنا الحاضر وقال ابن ابي الدم يلزم في دعوى المثل الحال في الذمة ذكر
الجنس والنوع والقدر والصفة فيقول لي على هذا الف درهم من نوع كذا ويذكر

انها صحاح او مكسرة ثم نقول يلزمه ادآوها الى الساعة لاحتمال كونها موجلة
او كونه مفلسا ولا يلزمه ذكر سبب الاستحقاق على المذهب وفيه وجه ذكره
الامام وابو سعد الهروي انه لابد من ذكر السبب وهو منقاس اذ ربما يكون
ما اتلف على المدعي الذمي خمرا او كلبا ويعتقد المدعي استحقاقه في ذمته والحاكم
لا يراه والناس مختلفون في ثبوت القيمة في الذمم بمقابلة المضمونات كاختلافهم
في سبب الجرح ولا خلاف عندنا انه لا يقبل الا مفسرا فلكذا هذا فليقل لي في ذمته
درهم من ثمن كذا اسلمته اليه او قرضا في ذمته او قيمة ثوب اتلفه او ما شابه هذا
وذكر بعض اصحابنا وجها ان بينة المدعي ان كانت تشهد على اقرار المدعى عليه
بالدين فلابد ان يضيف الدعوى الى اقرار المدعى عليه ليطابق البينة دعواه
وهو بعيد انتهى وقد اشتمل ما سقناه على فوايد ويخرج منه وجوه كثيرة **الصورة
الثانية** في الكتاب ان يدعي عينا تنضبط بالصفة كالحيوان والحبوب
والثياب فيصفها بصفات السلم ولا حاجة الى ذكر القيمة على الاصح وان كانت العين
تالفة كفى الضبط بالصفات ان كانت مثلية ولا حاجة الى ذكر القيمة وان كانت
متقومة فلابد من ذكر القيمة لانها الواجب عند التلف هذا ما اورده
الرافعي تبعا للهروي وسبق الكلام في باب القضاء على الغايب في الدعوى بالعين
المنقولة الغايبة عن المجلس وذكرها يتيسر نقله ونقول هنا اذا لم يتيسر احضار
العين المنقولة فقد ذكر ابن الرفعة انه يكفي ذكر صفاتها المعتبرة في السلم انا علمت
كما صرح به البندنيجي وابو الطيب وابن الصباغ لحصول المقصود بذلك وفي الحاوي
ان الاقتصار على ذكر صفات السلم انما يكون في المثليات اما في غيرها كالعبيد
والثياب فيلزمه ان يستوفي جميع اوصافه وصوما في النهاية قال بخلاف ما اذا كان
مسلما فيه لان مقصود التمييز في الاعيان يخالف مقصود الاعلام في السلم لانه اذا
افرط وتناهى فيه فقد ينتهي الى عزة الوجود وكان ممتنعا في السلم فكان من ضرورته ترك
الاطناب في الوصف والغرض من وصف المدعي الوصول الى تعيين الشخص من بين
الجنس قال وذكر القيمة مع ذلك تاكيد هذا ما حكاه العراقيون والقاضي حسين
ايضا وفي الرافعي انه يضبط المدعي بعد ذكر الجنس والنوع ذكرا بوسعه وغيره ويبين

احدها انه يتعرض للاوصاف المعتبرة في السلم والثاني انه يتعرض للقيمة
ويستغني بها عن ذكر الاوصاف ثم قال قالوا والصحيح ان الركن في تعريف
المثليات ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب وفي المتقومات الركن القيمة وذكر الصفات
مستحب **تنبيهات منها** لا اخفى ان مطلق الدينار يحمل في الدعوى على دينار
الاسلام من الذهب الخالص حيث لا يستعمل اسم الدينار في غير الوزن المعروف
من الذهب اما لو كانوا يطلقون الدينار عن قدر يسير من نقدهم من الفضة كما هو في كثير
من بلاد الروم والعجم والعراق وامرا هذه الاعصار بالشام ونحوه يعبرون بالدينار
عن ثمانية من هذه النقود المغشوشة فاذا كان المدعي والمدعى عليه او احدهما
من هولاء فينبغي ان يبين في الدعوى مراده بالدينار ليلا يقع الحكم له او عليه بغير
المطلوب والواجب ويتعين على الحاكم استفساره ووقع في الفتاوي ان رجلا عليه
ادعى على آخر قدم من الروم انه انكحه اسمه على ستين دينارا فاقر فالزمه الحاكم بذلك
فلما اراد الوزن طلب الخصم منه الدينار الاسلامي فقال الزوج انما عقدت على
الدينار المتعارف عندنا لا على هذا وحصل التوقف في الحادثة ولم اجب فيها بشي
وفي الزامه بدينار الاسلام وقفة **ومنها** اذا لم يمكن الضبط بالصفات
كالجواهر واليواقيت فيقول جوهرا او ياقوتا قيمته كذا وذكر القيمة شرط اذ لا
يصير معلوما بغيره هكذا ذكره القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
وغيرهم وفي الحاوي ان عليه ان يذكر الجنس والنوع وان كان مختلف الالوان
ذكر اللون ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة لانه لا يصير معلوما الا بها
وقال شريح الروياني لو ادعى ان له في ذمته ياقوتة او لؤلؤة او شيئا مما لا يثبت في
الذمة لم يسمع فان ذكر السبب الذي من اجله يدعي ثبوته بان قال سلمت اليه
كذا دينارا في لؤلؤة ويلزمه رد الثمن لفساد العقد فان الدعوى تصح انتهى ومراده
غير صورة الاتلاف والغصب اما لو ادعى اتلافا او غصبا وطلب القيمة فقد ردها
فلا ريب في السماع ○ **ومنها** قال الرافعي وفي الدراهم والدنانير المغشوشة
يدعي مائة من نقد كذا قيمتها كذا دينارا او دينارا من نقد كذا قيمته كذا درهما ذكره
الشيخ ابو حامد وغيره وكانه جواب على ان المغشوش متقوم فان جعلناه مثليا فينبغي

انه لا يشترط التعرض للقيمة **قلت** صرح بذلك شريح الروياني في روضته
فقال قال الاصطخري وان كان يجوز في البلد ذاتها فادعاها لم تسمع لانه لا
ينضبط حتى يقول قيمتها كذا وقال غيره لا يحتاج الى ذكر قيمتها اذا كانت في البلد
يتعامل عليها او كانت معلومة واصله الوجهان في جواز المعاملة بالدراهم
المغشوشة انتهى **ومنها** لو ادعى سيفا محلى ونحوه فقال الشامل وغيره
من كتب الطريقين كتعليق القاضي الحسين انه لا بد من ذكر قيمته ويقوم المحلى
بالذهب بالدراهم ويقوم المحلى بالفضة بالذهب وان كان محلى بهما قومه باحدهما
للضرورة يعني بايهما شاء كما صرح به وهذا عند التقارب في المقدار اما لو غلب
احدهما فينبغي ان تقومه بالنقد الآخر لا محالة مثاله عليه ما به دينار حليته وخمسة
دراهم حليته تقوم بالدراهم لا بالدنانير وفي البحر بعد ذكر المسألة عن الاصحاب
ويحتمل عندي ان يقال ينبغي ان يفصل بينهما في الدعوى ويقوم بغير الجنس
كذا ذكر في الكفاية وتشبيه ان كلامهم فيما اذا جهل حقيقة مقدار كل منهما وانما
قدر ذلك بالتخمين اما لو علم مقدار كل منهما فالوجه ما ذكره الروياني **فرع**
قال الرافعي ويستثنى عن اعتبار العلم صور **احدها** انما يتصور اعتباره اذا
طلب متعينا فاما من حضر ليعين ويفرض له القاضي كالمفوضة تطلب الفرض
على قولنا لا يجب المهر بالعقد اي وهو الاظهر وكالواهب يطلب الثواب اذا قلنا
ان الهبة تقتضيه ولم يقدر الثواب فلا يتصور منه اعلام وتعيين **قلت** ومن
الامثلة الحكومات ومتعة الطلاق كما صرح به الامام وقال المصنف في التصحيح والصواب
صحة دعوى المجهول في المتعة وفرض المفوضة والرضخ ونحوها اي ويكون تقديرها
الى راي الحاكم **الثانية** ادعى ان ميت هذا او مورث زيد اوصى له بثوب او بشي
سمعت الدعوى لان الوصية تحتمل الجهالة فكذا دعواها والحق دعوى الاقرار
بالمجهول بدعوى الوصية به ومنهم من ينازع كلامه فيه وسبب الاختلاف الخلاف في ان
دعوى الاقرار بالمال تسمع ام يجب ان يدعي نفس المال وكذا يصح دعوى الابراء من المجهول
ان صححنا الابراء عن المجهول **قلت** اما دعوى الوصية له بمجهول فالمشهود
في الطريقين سماعها ونسبه القاضي الحسين في كتاب الاقرار الى اصحابنا كلهم ثم قال

وعندي

وعندي ان الدعوى لا تسمع لانه يمكنه تفسير دعواها فيدعي ان مورثه اوصى
له بمال واراد به كذا او يستعلم هو انه اراد به كذا فان انكر حلف فان نكل حلف
المدعي على ما ادعاه من المال مفسرا قال الامام والوجه عندنا ما قاله الاصحاب
لان الموصي له اذا قال ان فلانا قال او وصى لفلان بشي وانا ادعي ثبوت هذه
اللفظة ثم الحق بعدها لم يمتنع عليه ذلك وانما تفرض الدعوى عند جحود الوارث
اصل الوصية انتهى ومن الملحقين للاقرار بالوصية القاضي ابو الطيب وابن
الصباغ والشيخ ابو علي في شرح الكبير وصاحب البيان والقفال في الفتاوى
والقضاة ابو سعد الهروي وشريح الروياني والفارقي وابن ابي عصرون في الانتصار
والمرشد والتنبيه والاشارة الى الاحكام المختارة والمصنف في تصحيح التنبيه
وقد اطلق الرافعي والروضة من بعد الحكاية عن الاصحاب ان دعوى الاقرار
بالمجهول صحيحة مقتصرين عليه وفي الصورة زيادة كلام اوردته في الغنية **فرع**
عن فتاوى القفال ادعى دراهم مجهولة لم تسمع ويقول له القاضي بين
الاقل الذي تحققه وان ادعى ثوبا ولم يصفه اصلا لم تصغ اليه بل لو قال كرباس
ولم يصفه امره ان ياخذ بالاقل قال الرافعي وفي هذا اولا انتقاد وضرب تلقين
ثم الاخذ بالاقل في قدر الدراهم مستقيم لكن الاخذ بالاقل من صفة الثوب
المدعى بعينه لا وجه له انتهى ولم ار ما ذكره في فتاوي القفال بعد تصفحها ولعل
المراد الاخذ بالاقل من قيمته لا من صفته ورايت فيها انه لو ادعى ثوبا على
غيره وقال يلزمه تسليمه الى الحاكم فاقام المدعي بينة ان له في يده ثوبا لم تسمع هذه
البينة حتى تصف الثوب فيقول كرباس طوله كذا وعرضه كذا وصفته كيت وكيت
يلزمه رده اليه غيبة نقبل الآن وضعيف احدها ان يقولوا غصبه ثوبا والثاني ام
له ثوب ولم يثبتوا صفته فتسمع الشهادة للحالة في هاتين المسالتين انتهى
الثالثة ادعى ان له طريقا في ملك الغير او حق اجراء الماء فالاشبه كما ذكر في
الاشراف وروضة الحكام تبعا للعبادي انه لا يحتاج الى اعلام مقدار الطريق
والمجرى وعن ابي علي الثقفي انه لا بد من اعلام قدر الطريق والمجرى قال القاضي ابو
سعد والذي عندي انه لا يشترط الاعلام في الدعوى ولكن يوخذ على الشهود اعلام

الطرق ومسيل الماء بالذرعان لان اشتباه هذه اعلا شأنا فانها تستقل بقوة
الحكم بخلاف الدعوى قال ولو احضر رقعة حرر فيها دعواه وقال ادعي ما فيها او
ثوبا بالصفات المكتوبة هل يكفي ذلك لصحة الدعوى فيه وجهان سبقا **فرع**
ذكر الغزالي انه يعتبر لصحة الدعوى وصفين احدهما اعلام المدعي وذكرنا منه
امثلة وسياتي غيرها والوصف الثاني كونها ملزمة فلو قال وهب مني كذا او باع لم
تسمع دعواه حتى يقول ويلزمه التسليم الي لانه قد يهب ويرجع ويبيع ويفسخ قال الرافعي
هكذا انقله الفوراني وغيره وهو المذكور في الوجيز ويقرب منه قول ابي سعد الهروي
ان يقول في دعوى الدين لي في ذمة فلان كذا وهو ممتنع من الاداء الواجب عليه قال
وانما يتعرض لوجوب الاداء لان المؤجل لا يجب اداؤه في الحال وكان هذا فيما قصد
بالدعوى تحصيل المدعي ويجوز ان يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة فلا يشترط التعرض
لوجوب التسليم اذ في الشامل انه لو قال هذه الدار لي وانه يمنعني منها تصح الدعوى
ولا يشترط ان يقول انها في يده لانه يجوز ان ينازعه وان لم تكن في يده **قلت**
قال شيخ الروياني في باب الدعوى الناقصة قال الشافعي لو تقدم رجلان الى
القاضي فادعى كل واحد منهما دارا او انها في يده لم يسمع القاضي هذه الدعوى فان
قال احدهما في يدي وهذا يتعرض علي فيها او يمنعني من سكناها فالمذهب انها لا
تسمع فقد تكون في يده غصبا او عارية ويكون لخصمه فيجحد لمنعه منها ولو قال
يعترض عنها بغير حق سمعت الدعوى انتهى ومراد الغزالي والفوراني بذلك ما ذكره
غيرهما وهو كونها تامة يصح حال الجواب عنها غير ناقصة فانه اذا قال وهب مني كذا
لم تسمع دعواه اذ الهبة يلزم دون القبض والبيع لا يلزم دون السلامة عن الفسخ
قاله في البسيط وغيره وفي عبارة الغزالي والفوراني والرافعي ايهام انه اذا قال
في دعوى الهبة ويلزمه التسليم الي تمت الدعوى وتوجه الجواب على الخصم وليس مرادا
اذ قد صرح كل من الفوراني والغزالي وغيرهم ان الهبة لا تلزم الا بالقبض وحينئذ
فاما ان يكون قد حصل تسمح في التمثيل واما ان يكون قوله ويلزمه التسليم الي مؤذن
بلزوم الهبة بالاقباض سابق للدعوى ثم عرض منع منه وفي الذخائر انه يشترط في
صحة الدعوى الاعلام والتعيين واللزام ان قال الثالث ان يدعي امرا لازما قال

علماؤنا

علماؤنا لا بد من ذلك لان المدعى عليه انما يكلف الخروج الى المدعي مما يلزم
فاذا ادعى هبة عين لم يسمع حتى يدعي القبض فيقول وهبنيها واقبضنيها لان الهبة
لا تلزم الا بالقبض وكذلك في الرهن لا تقبل دعواه حتى تقترن بها دعوى القبض
فان ادعى بيعا قال بعض اصحابنا لا يصح حتى يدعي السلامة فليقل مع دعوى البيع
ويلزمه تسليمه الي قال وفيه نظر ويحتاج الى تفصيل فيقال اذا كانت الدعوى على
غائب اي ونحوه فيحتمل اشتراطه للحوطة كما اشترطت امورا من الحلف مع البينة وغير
ذلك وان كانت على حاضر فلا ينبغي ان يشترط ذلك فانه نفس انعقاد البيع على الصحة
يلزمه التسليم اليه فان حدث فسخ بعيب او اقالة فالمدعى حاضر يعرب عن نفسه ويدعيه
ثم الفسخ امر متجدد بعد العقد فلا حاجة الى اشتراط ذلك انتهى واما ما ذكره الرافعي
عن الهروي فقد ذكره الاصحاب واشار الماوردي الى انه متفق عليه كما سياتي
فرع قال الماوردي ما في الذمة ضربان احدهما المثل وصحة الدعوى
به معتبرة بثلاثة شروط ان يقول لي عليه كذا ويصفه وان يقول هو حال لان المؤجل
لا يجب بذله قبل حلوله فان كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا صح دعوى جميعه ويكون
المؤجل تبعا للحال فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد كالسلم المؤجل
صحت دعواه لان المقصود منه مستحق في الحال والشرط الثالث ان يقول وقد منعني
او اخره عني فان قال وقد انكر لم يصح لان المنكر مانع ثم اختلف اصحابنا انه هل يعتبر في
صحة الدعوى ايضا ان يقول وانا اسال القاضي ان يلزمه الخروج الي من حقي على وجهين
قلت وسياتي بيانهما **والضرب الثاني** ان يكون ما في الذمة
غير مثلي وهو ضربان احدهما ان يمنع الشرع ثبوته في الذمة كاللؤلؤ والجواهر
فلا تصح دعوى عينه الا ان يقصد بالدعوى ثبوت عوضه لانه مغصوب فيصح تقييمه
او يكون عن سلم فاسد فتكون الدعوى لرد ثمنه ويكون ذكره اخبارا عن السبب الموجب
لرد عوضه **قلت** واذا صححنا السلم في اللؤلؤ الصغار كما سبق عند المراوزة
ثبت في الذمة وصحت الدعوى به **والضرب الثاني** ان تصح ثبوته
في الذمة وذلك من وجهين احدهما عن سلم في ثياب ونحوها فلصحة الدعوى شرطان
ان يصفها باوصافها المعتبرة في صحة السلم وان يذكر انها عن عقد سلم يذكر فيه الشرط

المثمن في صحة السلم ثم يذكر بعدها ما يوجبه مقصود الدعوى فان لم يذكر انه
عن سلم لم يصح دعوى اعيانها اذ تكون مغصوبة تلزم قيمتها فيلزم مع ذكر الصفة
ان يذكر القيمة والوجه الثاني الابل المستحقة في الدية والغرة المستحقة في الجنين
فلا بد من صفتها في دعواه لان اوصافها مستحقة بالشرع ولصحة الدعوى بها ثلاثة
شروط ان يذكر انه عن جناية عمد او خطأ لاختلاف الوجوب بذلك ومن تجب عليه
وان يذكر انها على حر لان الابل لا تجب في العبيد وان الجهضة حر لان الغرة
لا تجب في جنين الامة وان يذكر محل الجناية من نفس او طرف او جراح تقدرت
ديته بالشرع كالموضحة والجائفة ويكون المطالبة بالدعوى عفوا عن القود ولو
لم تتقدر ديته بالشرع كانت الدعوى مقصورة على وصف الجناية ولم تصح الدعوى
بقدر ارشها لانه معتبر بحكم الحاكم ويذكر في الجناية على العبد قيمته ليعلم بها دية نفسه
واطرافه ويذكر في جنين الامة قدر قيمتها لان فيه عشر قيمتها ثم يستوفي شروط
المقصود بالدعوى انتهى حاصل كلامه وفيه فوائد وقد سبق اكثره ولكن احسنت نقله
مجموعا وقال في صدر كلامه ان الدعوى ستة اضرب صحيحة وفاسدة ومجملة وناقصة وزائدة
وكاذبة ثم اندفع في بيانها وسنذكر مقاصد كلامه ان شاء الله تعالى **تنبيه** قال
الرافعي متصلا بما سبق عنه واذا ادعى ولم يقل للقاضي مره بالخروج من حقي او سله
جواب دعواي فهل يطالبه القاضي فيه وجهان اظهرهما عند ابن الصباغ نعم للعلم بانه
الغرض من الدعوى والثاني لا لانه حقه فلا يستوفي الا بسؤاله وامراحه كاليمين
وهذا مذهب ابي حنيفة فيما حكى القاضي ابو سعد وذكر انه الاصح قال فعلى هذا طلب
الجواب شرط في صحة الدعوى وجزم هنا في شرحه الصغير بانه اشبههما مقتصرا على
ذلك وذكر شريح انه الصحيح من المذهب وبه اجاب القفال لكن الرافعي في الترجيح
جزم في ادب القضاء بالاول وزاد في الروضة هنا انه اقوى وجعل هذا الثاني
وجها شاذا فقال لا بعد الجزم بالاول وفيه وجه زاد في الروضة ضعيف وفي
التنبيه ليس بشيء وفي البيان والمهذب وغيرهما ان المذهب الاول وبه جزم الصيمري
في شرح الكفاية وارسل الماوردي الوجهين في الحاوي وذكر هناك انه يخرج عليهما
ما اذا حكم بالبينة من غير سؤاله فان قلنا بالاول نفذ حكمه او بالثاني فلا قال الرافعي

وسوا

وسوا اشترطنا هذا الافتتاح من المدعي او لم يشترطه لكنه افتتح فيمكن ان يقال
يغني ذلك عن قوله ويلزمه التسليم الي وان من شرط التعرض له شرطه جوابا
على انه لا اشترط الافتتاح المذكور من المدعي **قلت** وفيما سبق عن الحاوي
ما قد يتأيد واحسب ان قوله ويلزمه التسليم الي لا بد منه على الوجهين لما لا يخفى
وقال ابن الرفعة ان في النهاية في كتاب القاضي الى القاضي فيما اذا قال الي طالب مطالب
وقال يلزمه اداء ما ادعيته ابدا انه تردد في الاكتفاء به لان الفقيه قد يقول من عليه
دين حال يلزمه اداؤه وان لم يطالبه صاحبه وانما يسقط وجوب الاداء بوضي مستحق
الحق بالتاخير فلا يكون قوله يلزمه اداؤه متضمنا للطلب فيلزمه التصريح به قال
الامام وهذا محتمل والذي قاله الاصحاب انه لا يحتاج وهل يشترط ان يقول
واسال القاضي سؤاله عن ذلك فيه خلاف سبق لكن كلام البينة ثم تقتضي ان
الدعوى تصح بدونه على كلا الوجهين وكذا هل يشترط في الدعوى بالعين ان يقول
وهي في يده فيه وجهان في الاشراف وغيره الاصح لا لان طلب التسليم يغني عنه انتهى
وقال ابن ابي الدم قال الشيخ ابو علي لا بد ان يسال القاضي مطالبته فان لم
يساله وجهان وقال القاضي الحسين يقول له مره بالتسليم الي وقال في تتمة التتمة اذا
قال المدعي في دعواه يلزمه التسليم الي لا يكفي بل لا بد من ذكر الطلب انتهى واذا
كانت الدعوى في وديعة ونحوها فليقل وانا طالب ان يمكنني منها ولا يقل وليطلب
تسليمها لان المودع لا يلزمه سوى التمكين من تسلمها **فرع** قال القاضي
الحسين في الفتاوى كل موضع لا يحلف المدعى عليه بمجرد الدعوى لا تسمع الدعوى
ما لم يقل لي بينة اريد ان اقيمها فخرج من هذا انه لو ادعى على صبي او غايب لا
تسمع ما لم يقل ذلك وكذا لو طلق امراته ثم نكحت بعد مدة فادعى الزوج الاول انها
نكحت في عدتي لم يسمع ما لم يقل لي بينة اقيمها على اني طلقتها يوم كذا ولا يعلم انقضاء
العدة من ذلك الوقت انتهى **فرع** قال الرافعي هنا ادعى عليه مالا معلوما
واقام شاهدين على اقراره بشيء او قالا نعلم ان له عليه مالا ولا نعلم قدره ففي سماع
شهادتهما هكذا وجهان احدهما نعم ويرجع في التفسير الى المشهود عليه واشبههما
المنع لان من شان البينة ان تبين وتثبت كالاقرار اذ يشترط فيها ما لا يشترط فيه

وعلى هذا الخلاف ما اذا شهدا على غصب عبد او ثوب ولم يصفاه قلت
سبق في كتاب الاقرار ان الاصح السماع وتضعيف الوجه المذكور لان الشهاده
تبين ما وقع ولهذا تسمع الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة بها وسبق في الغصب
انه لو قال المالك قيمة العين ماية وقال الغاصب خمسون فجا المالك ببينة انها اكثر
من خمسين من غير تقدير قيل لا تسمع وسمعها الجمهور وان فايدته تكليف الغاصب
الزيادة الى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه **فرع** في روضة الحكام
كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها الى شي اخر فهي دعوى ناقصة
مثاله ادعى انه ذبح له شاة قيمتها عشرة دراهم او ضرب بقرة فالقت جنينا فلا يلزم
الجواب حتى يضم الى دعواه قيمة الشاة مذبوحة وقيمة البقرة حبلى وقيمتها وقد وضعت
لانه اذا لم يذكر ذلك افتقر معرفة القيمة لفصل المنازعة الى دعوى اخرى في الخصومة
الواحدة لا يمكن الفصل بين المتنازعين بتفريقها وتبعيضها ٥ ولو ادعى على
اخر انه يدعي عليه مالا او غصبا او شيئا منه لم تسمع الدعوى لانه اخبار عن كلام
منه لا يصح ولو قال انه يدعي علي ويقطعني عن اشغالي او يناز عني ويلازمني لم يتم
الدعوى الا ان يقول وليس له علي ما يدعيه ولا شي منه او يطالبني بذلك بغير حق
لاحتمال انه يكون المطالبة بحق وقد قال الشافعي وذكر ما سبق عنه وابنه عنه
وقال الماوردي الدعوى الناقصة ضربان نقصان صفة ونقصان شرط فالاول
كقوله لي عليه الف درهم لا يصفها فيجب ان يساله عنها ولا يحملها على الغالب من نقد
البلد وان كان اطلاقها في البيع محمولا عليه لجواز كونها من غيره وان كان من نقد مبيع
ساله عنها لجواز ان يعقد بغيرها **قلت** وهذا وجه سبق وسا قال واما نقصان
الشرط فيتوقف عن السماع حتى يبتدي المدعي بذكره او لا بذكر فيطرحها والفرق
ان نقصان الصفة لا يتردد بين صحة وفساد فجاز سواله عنه ونقصان الشرط
يتردد بين ذلك فلم يجز ان يساله عنه انتهى ٥ **قال** وما دعوى الاعراض فضربان وهما
ان تتوجه الى ما في يده او الى ما في ذمته فالاول لا تكون الا بعد معارضته فان كانت
المعارضة فيما لا يستحق به المدعي لم تصح دعواه واذا استحق بها اما يد بدعوى الى
ملكه او يمنعه من التصرف فيه او بملازمته عليه او قطعه عن اشغاله سمعت دعواه بحس

ثم وجه ان يصف الملك بما يعينه من منقول او غيره وانه له في ملكه وان تعين المعا... (مرض)
بالاشاره مع حضوره وباسمه ونسبه مع غيبته وان يذكر المعارضة هل هي
في الملك او في نفسه لاجل الملك لافتراقهما في الحكم والخامس ان يذكر انه يعارضه
بغير حق اذ ربما استحق المعارضة برهن او اجارة حتى لا يبقى في دعواه ما يحتاج
الحاكم الى ان يساله عنه والثاني ان يتوجه الدعوى الى ما يتعلق بذمته
وانه طولب بما لا يستحق عليه فان لم يلحقه بالمطالبة ضرر لم تصح الدعوى وان
استضر بها اما في نفسه بالملازمة او في جاهه بالمتابعة او في ماله بالمعارضة
صحت به الدعوى لا يستدفع بها الضرر وصحتها معتبر بثلاثة شروط ان يذكر ما طولب
به اما مفسرا او مجملا لان المقصود بالدعوى غيره وان يذكر انه غير مستحق
عليه وان يذكر ما استضر به ليكون الكف عنه متوجها اليه فان اقترنت بهذه الشروط
ما تكمل به جميع الدعاوى سال الحاكم المدعى عليه فان اعترف بجميع ما يتضمنها منعه
الحاكم من معارضته وان انكر المعارضة خلى سبيله ولا يمين عليه وان ذكر انه يعارضه
فيه بحق بصفة صار مدعيا والمدعي مدعى عليه **فرع** الدعوى الفاسدة
اضرب **الاول** ما عاد فساده الى المدعي كمسلم يدعي نكاح مجوسية او حر موسر
يدعي نكاح امة فلا تسمع **والثاني** ما عاد فساده الى الشي المدعى وهو اضرب اولها
ان يدعي ما لا تقر يد عليه كخمر وخنزير وسبع ضار وحشرة موذية قلت والظاهر
ان الخمر المحترمة عند المراوزة من الضرب الثاني كجلد الميتة وثانيها ان يدعي ما تقر
اليد عليه كجلود الميتة والسرجين والسماد النجس والكلاب المعلمة واختلف
في اليد عليها اذا كانت الجلود من اموات حيوانه والسراجين من اوراث بهايمه هل
هي يد ملك او يد استباحة على وجهين ثالثها ان ما يصير بينها والثاني ملكا يعتاض عنه
كجلد الميتة فاليد عليه يد استباحة لا ملك فاذا توجهت الدعوى الى شي من هذا نظر
ان كان بالقا كانت الدعوى باطلة وان كان باقيا نظر ان ادعى معاوضة كالبيع
فالدعوى فاسدة الا ان يكون قد دفع ثمنها فيتوجه الدعوى الى الثمن ان طلبه
وان ادعاها بغير معاوضة فتصح الدعوى بها في احد ثلاثة اوجه ان تغصب منه او
يوصي له بها او توهب منه فتصح دعوى هبتها فان اطلق الدعوى ولم تفسرها بما يصح

به او يفسد فهل يستفسره الحاكم ليحمل على تفسيره ام يمسك عنه لئلا يكون هو المتسبب
بتفسيرها فيه وجهان وما بينهما ما اقر له عليه ملكا ولا يجوز انتقاله من مالك الى
مالك كالوقف وام الولد فالدعوى فيه على المالك فاسدة لا يجوز للمالك ان يسمعها
لاستحالة انتقاله عن ملكه الى غيره الا ان يدعي ابتياعه لاسترجاع الثمن فيتوجه
الدعوى الى الثمن ويكون ذكر ابتياعه اخبارا عن السبب ويجوز ان يدعي الوقف
وام الولد على غاصبهما ه واما الضرب الثالث في الاصل وهو ما عاد
فساده الى سبب الدعوى وهو ضربان عقد ومقتضى عقد فالعقد كالبيع وهو اضرب
صحيح ومتفق على فساده ومختلف فيه فان كان صحيحا صحت الدعوى اذا استوفى
شروطها كما سياتي وان كان فاسدا وفاقا كبيع الحمل والثمرة قبل ان تخلق فدعواه
باطلة لا تسمع لطلب تسليم المبيع وتسمع لطلب رد الثمن وان كان البيع مختلفا فيه
كبيع العين الغائبة سمعها ليحكم فيها بما يراه من صحة او فساد ورد الثمن وكذلك الحكم
في عقود الاجارات والمناكح والرهون ه واما مقتضى العقد كالشفعة وهي
صحيحة وباطلة ومختلف فيها فالمستحقة شفعة الخليط يصح دعواها عند استيفا
شروطها والباطلة فيما نقل من متاع او حيوان فلا تسمع منه فان جهل حكمها اخبره
الحاكم بسقوط حقه فيها والمختلف فيها شفعة الجار فان راها سمع الدعوى
وحكم بشرطه والا لم يسمعها بخلاف البيع المختلف فيه لان البيع عقد ينفذ الى
الحاكم بابطاله ورد ما تعاوضاه بخلاف الشفعة لانها مجرد دعوى تبطل بردها
والاعراض عنها فافترقا هذا حاصل الحاوي قال واما الدعوى المجملة كقوله لي عليه
شي فلا يسمع للجهالة وان سمع الاقرار بالمجهول وفرق بما سبق قال ولا يجوز ان
يقول له القاضي فسرها احملت لانه تلقين وان قال له ان فسرت ما احملت سمعت
جاز لانه استفهام وهو له لا التلقين ثم ذكر الدعوى الناقصة كما سبق ثم قال
واما الدعوى الزائدة فاضرب احدها ان يكون الزيادة هدرا كقوله اشتريت
منه هذا العبد في بلد كذا او سوق كذا وثانيها ان يكون تاكيدا كاشتريته
منه على اني ان وجدته معيبا رددته او على انه ان استحق كان عليه دركه فهذا لا
يمنع من سماعها ايضا وثالثها ان تكون الزيادة منافية لموجب الدعوى كقوله اشتريت

هذا

هذا منه بالف ان استقالني اقلته وان ردها علي فسخه فهذه الزيادة
معتبرة بمخرجها منه فان خرجت بعد صحة العقد لم يمنع من صحة الدعوى وكانت
ذكرها حكاية حال تقف على جوازه وان خرجت مخرج الشرط في العقد ابطل بها
الدعوى فان قصدها بملك المبيع لم يسمع او استرجاع الثمن سمعت قال واما الدعوى
الكاذبة فهي المستحيلة كدعوى من بمكة انه نكح امرأة فلانة بالبصرة (وانه ورث هذا
العبد من ابيه وقد ولد بعد موت ابيه او ان فلانا جرحه هذه الجراحة في يومه
وفلان غائب ونحو ذلك من الدعاوى الممتنعة لا يسمعها الحاكم وان صدقه الخصم
عليه لاستحالتها وتزول بها عدالة مدعيها للعلم بكذبه فرع لا يشترط
لسماع الدعوى ان يكون بينهما مخالطة او معاملة ولا فرق فيه بين طبقات
الناس وعن مالك رحمه الله انه لا تسمع دعوى الدني على الشريف اذا لم يعرف
بينهما سبب وعن الاصطخري انه اذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت
الى دعواه مثل ان يدعي الدني استئجار الامير او الفقيه لكنس داره وتعلف
دوابه ومثل دعوى المعروف بالتعنت وجر ذوي الاقدار الى مجالس القضاة واستحلافهم
ليفتدوا ابشن هذه عبارة الرافعي وقال ابن ابي الدم طرد الاصطخري ما سبق
في حد المدعي انه من يدعي امرا باطنا خلاف الظاهر في مسألة خالف فيها الاصحاب
فقال من ادعى من السفلة على ملك عظيم او وزير نبيه خطيرا وقاض جليل او شريف
نسيب انه زوجه ابنته او انه اقرضه حبة من ذهب او انه استاجره لسياسة دوابه
وما اشبه هذا انه لا يقبل دعواه لانه يدعي امرا ينافي الظاهر بل اهل العرف يقطعون
بكذبه قال الامام وما ذكره لا تعويل عليه ولا ينبوع في الدين تشويش القواعد
بامثال هذه الوساوس قال ابن ابي الدم وما ذكره الاصطخري ليس بعيدا ان يصار اليه
مجتهد وهو مذهب مالك فانه لا تسمع دعوى وضيع على شريف الا ان يعرف بينهما معاملة
وقال ابن عبد السلام في القواعد في الفصل المعقود لما ابتنى على خلاف الظاهر
اذا ادعى السوقة على الخليفة او على عظيم من الملوك انه استاجره لكنس داره وسياسة
دوابه فان الشافعي يقبل دعواه وهي في غاية البعد ومخالفة الظاهر
وخالفه بعض اصحابه في ذلك وخلافه متجه ويظهر كذب المدعي والقاطع في الاخبا

من الدعاوى والشهادات والاقارير وغيرها ان ما كذبه العقل او جوزه
واحاله العادة فهو مردود وما ابعده العادة من غير احالة فله رتب في القرب
والبعد قد يختلف فيها فما كان ابعد وقوعا فهو اولى بالرد وما كان اقرب وقوعا
فهو اولى بالقبول وبينهما رتب متفاوتة انتهى ٥ قال او نكاحا لم يكف الاطلاق
في الاصح بل نقول نكحتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كان يشترط
وان كانت امة فالاصح وجوب ذكر العجز عن طول وخوف عنت ٥ لما فرغ رحمه
الله من بيان الدعوى بالدين والعين اندفع في بيان الدعوى في العقود وبدا بالنكاح
للاهتمام به اذا علم هذا فقد تقدم ان المذهب الجديد قبول اقرار الحرة البالغة
العاقلة بالنكاح سواء السفيهة والرشيدة والعفيفة وضدها والغريبة والبلدية
على ظاهر المذهب فاذا ادعى على المراة او الولي المجبر النكاح كما سنوضحه فالمذهب
المنصوص في الام والمختصر وبه اخذ عامة الاصحاب انه يشترط لصحة الدعوى
ان يذكر انه تزوجها بولي رشيد وشاهدي عدل ورضاها ان كان شرطا اما
لكونها ثيبا بالغة عاقلة او بكرا والولي غير الاب والجد لان النكاح يتعلق
به حق الرب وحق الادمي واذا وقع وظل لا يمكن استدراكه فلا تسمع الدعوى
فيه الا ان تكون مفسرة مبينة كالقتل ولان في شرايطه خلافا للعلماء فابو حنيفة
لا يشترط الولي ومالك لا يشترط الشهود ونحن لا نعتبر رضى البكر البالغ بالنسبة
الى الاب وابو حنيفة يعتبره فلم يجز للحاكم ان يحكم بظاهر الدعوى حتى يعلم وجود
الشرايط لئلا يحكم بصحة ما هو خطا عنده وقيل يكفي الاطلاق والتعرض لذلك
مستحب كالاطلاق في دعوى المال فانه لا يشترط ذكر السبب فيه قال الامام والغزالي
والروياني بلا خلاف وفيه قوي قدمناه ولان مطلق اسم النكاح ينصرف الى الشرعي
وهو ما وجدت فيه الشرايط والمذهب الاول وفي المسئلة وجه ثالث سياتي بيانه
قريبا قال ابن قرح المختصر لو ادعى انه نكح امراة لم اقبل دعواه حتى يقول نكحتها
بولي وشاهدي عدل ورضاها ان كان الولي ممن لا يزوجها الا برضاها فان قيل
ليس في لفظه اشتراط عدالة الولي قيل بلى لان قوله عدل يرجع الى الولي
والشاهدين قاله في الشامل وغيره على انه قيل ان هذا من الشافعي جواب على عدم

اشتراط عدالة الولي وفي الشامل وجه انه لا حاجة للتعرض لعدالة الولي
وطرده في الشاهدين والاشهر خلافه قال الرافعي وقياس وجوب التعرض للعدالة
وجوب التعرض لساير الصفات المعتبرة في الاولياء ولا يجب التعرض لتعيين الشاهدين
ولا لتعيين الولي ايضا والغرض ان يعرف ان النكاح لم يعر عن الولي والشهود
هكذا جزم به الرافعي وسياتي ما فيه ولا يشترط ذكر انتفاء الموانع من ردة وعدة
واحرام ورضاع وغيرها قال جماعة بلا خلاف ومنهم الامام وفي اشراف الهروي وغيره
على المذهب لان الاصل عدمها ولانه يعسر عدها لكثرتها وعن الاستاذ ابي طاهر انه
محمد بن ابرهيم الزيادي من اصحابنا اوجبه وحكاه الرافعي في الشرحين وفي البسيط
انه لا يجب التعرض لانتفاء المفسدات اجماعا من الردة والعدة والزوجية والاحرام
ولعله اراد انه لا يجب تعدادها والظاهر ان الزيادي يكتفي بنفيها اجمالا واذن
لا مشقة في قوله وهي جلية من الموانع السرعية ٥ هذا في الحرة واما في نكاح الحر
الامة فهل يشترط التعرض للعجز عن الطول وخوف العنت فيه وجهان اقيسهما
في الشامل والبحر والمحرر والشرح الصغير الاشتراط والاصح في الروضة وغيرها
وهو الوجه لان الفروج يحتاط لها كالدم والثاني كما لا يشترط ذكر انتفاء الموانع
تنبيهات سبق جزم الرافعي بانه لا يشترط تعيين الشاهدين ولا الولي
وقال ابن الرفعة يتعرض لذكر الولي من اب او جد وعلمها بذلك ان كانت الدعوى عليها
كما اشار اليه الامام في كتاب النكاح وقال في روضة الحكام تفريعا على المذهب
يشترط ان يدعيه بشروطه التي يفتقر صحة العقد اليها فيذكر الولي والشاهدين
ورضاها حيث يعتبر على الوجه الذي يعتبر نطقا او صمتا وقد قيل هل يحتاج الى
ان يذكر الولي انه اب او الحاكم او المولى فيه وجهان قال الاصطخري لا بد من ذلك
٥ نسب الروياني الوجه المتقدم بان التعرض لذكر الشروط مستحب الى ابن ابي هريرة
ونقل عنه انه قال يكفي ان تقول نكحتها نكاحا صحيحا والماوردي نسبه الى ابن
سريج وشيخ الروياني الى ابي اسحق قال الهروي واصل هذا الخلاف ان العبد
اذا اذن له في نكاح صحيح فنكح فاسدا هل يجب المهر حيث يجب لنكاح الصحيح ونقل الامام
ان وجه الاطلاق مخرج من نصه على سماع دعوى البيع مطلقا قال القاضي الحسين

الحسين وقد قيل انه قول قديم قال الامام وعلى هذا هل نشترط التقييد
بالصحة فعلى وجهين وحكاهما الهروي قولين قال الامام والوجه عندي
الاشتراط فانها لفظة جامعة دالة على المقصود وعليه جرى في الوسيط وهذا ما
سبق عن ابن ابي هريرة قال الرافعي واشار كلام الوسيط الى ان الوجهين
مفرعان على قولنا لا نشترط تفصيل الشرائط وابدى الهروي ما يقتضي اطرادهما
مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي الموانع **قلت** وعبارة البسيط
واذا قلنا لا نشترط التفسير فهل نشترط التقييد بالصحة فعلى وجهين والوجه
القطع باشتراط التقييد بالصحة في النكاح فانها لفظة جامعة دالة على المقصود
ثم في اصل المسألة وجه ثالث انه ان كانت الدعوى لابتداء العقد بان قال عقدت
عليها او نكحتها او تزوجتها وجب ذكر الشرائط لانها شرط في الابتداء وان كان
لاستدامته بان قال هي زوجتي لم يجب ذكرها لانها ليست شرطا في الاستدامة
واختاره صاحب الافصاح وصححه في الوجيز وجزم به الدارمي وحكى الخلاف في
البسيط وغيره اقوالا المنصوص الاول واستدل للتفصيل بان الزوجية
تثبت بالاستفاضة بخلاف العقد وبنى القاضي الحسين والفوراني الخلاف في
دعوى الاستدامة على المعنيين وعقد النكاح فقالا ان قلنا المعنى اختلاف الناس
في شرائطه فههنا لا يجب ذكرها لانه لا خلاف فيه وان قلنا المعنى مراعاة الاحتياط
فيجب ذكرها في البحر طريقة اخرى حاكية قولين في التفصيل وعدمه وقال شريح بعد
ان حكى الخلاف في دعوى النكاح وان ادعى الحكم وهو الزوجية بان ادعى انها
زوجته فان شرطنا في دعوى النكاح بيان الشرائط فههنا وجهان وقال بعض
اصحابنا اذا ادعى انها زوجته بنكاح صحيح نقبل وجها واحدا وحكى عن ابن ابي هريرة انه
قال ان ادعى زوجته تزوج بها فلا بد من وصفها لعقد بشرائطه وان ادعى انها
زوجته بعد ذلك عقده فلا يفتقر الى الكشف من الدعوى فقط انتهى اذا علمت ما تقدم
كان قضيته اصطلاح المصنف ان يقول لم يكف الاطلاق على المذهب ادعى النص
ثم صورة الدعوى التامة الموجبة للتسليم بشرطه ان يقول هذه زوجتي تزوجتها
بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها على صداق معلوم صحيح مبلغه كذا وقد احضرته

يتسلم

يتسلمه مني وتسلم نفسها الي واطلب منها ذلك فمرها ايها الحاكم به فيتعرض
لتفصيل العقد ويذكر رضاها ان كان المزوج غير مجبر وان كان مجبرا تعرض
لذكره وهو الاب او الجد ويتعرض للاهلية في حق المزوج والوجه تخريج ذلك
مما ذكرناه في اشتراط ما يجب التعرض له وجوه كثيرة ثم قال الماوردي اختلف اصحابنا
في اختصاص دعوى النكاح بصفة العقد فقال ابن ابي هريرة لان الشرع خصه
بالولي والشاهدين ولولا هذا لكان كغيره وعلله ابو اسحق بان الفروج موضوعة
على الحظر والتغليظ فلم يجز استباحتها بدعوى محتملة وعلله ابو حامد المروذي بان
في استباحة الفرج ابدالا كالقتل وعلل آخرون بان الاختلاف في عقود النكاح
اكثر ثم تشترط الشهادة على النكاح التفصيل اذا اشترطناه في دعواه وادلي في فتاوى
القفال انه يجب ان يقولوا بعد تفصيل النكاح من ابتدائه ولا نعلم انه فارقها او هي
اليوم زوجته **فرع** قال ابن الرفعة تصح دعوى النكاح من الزوج على الاب
او الجد اذا كانت الزوجة بكرا صغيرة بلا خلاف فان اقر فذاك وان انكر قال القاضي
الحسين هنا يحلف فان نكل حلف الزوج وسلمت اليه ونقله في آخر النهاية عن
الاصحاب وفي كتاب الصداق عن كثير من ائمة العراق وانهم لم يذكروا فيه خلافا
ثم حكى وجهان الاول لا يحلف وان كانت بكرا كبيرة قال القاضي الحسين هنا
ان الدعوى تسمع على الاب والجد وحكى الامام عند الكلام في فروع عقد بين على امراة
وجهين في الدعوى على المجبر **قلت** ما في تعليق البغوي هنا المنع مع استشكاله
واجاب في آخر النهاية بالسماع وان له ان يحلف على عدم التزويج وحكى الخلاف
فيما اذا انكر هل يحلف الزوج ففي وجه يحلف وبه اجاب ابن الحداد فيما لو كانت
صغيرة والثاني لا لانه قادر على تحليفها وهي باليمين اولى قال ابن الرفعة وعلى
هذا كذا اورده في الكفاية والصواب وعلى الاول وهو ما في النهاية والبسيط
اذا حلف الاب فللمدعي ان يدعي على المراة فان اقرت ثبت النكاح على الصحيح وان
انكرت وحلفت فذاك والا حلفت وسلمت اليه وقال ههنا ان سماع الدعوى عليها تبنى
على قبول اقرارها ان قبلناه سمعت عليها والا فهل تتوجه الدعوى عليها واليمين على
قولين مبنيين على ان يمين الرد مع النكول كالبينة او كالاقرار فان قلنا بالاول

حلفت فان نكلت حلف المدعي وثبت النكاح وان قلنا كالاقرار فلا يحلف
ولذا قال الفوراني ويظهر ان يقال ان اليمين تعرض وان منعنا الاقرار وقلنا
يمين الرد مع النكول كالاقرار ونكون فائدة العرض ان تحلف فتسقط الخصومة
وذلك مستمد مما حكيته عن الاصحاب فيما اذا ادعى على سفيه بجناية توجب المال
ثم ما ذكره الامام والفوراني يفهم امرين احدهما ان الخلاف في سماع الدعوى
عليها مفرع على القديم لان الجديد قبول اقرارها وكذا في القديم اذا كانا غريبين
كما نقله الامام والبغوي وابن الصباغ وغيرهم او تقادم عهدها كما حكاه القاضي
الحسين اما عند فقد ذلك فلا تقبل قال في الشامل وهذا لا يعرفه اصحابنا وفي البحر
ان بعض الخراسانيين قال لا يصح اقرارها بالنكاح في قوله القديم لانها لا تنفرد بعقد
النكاح فلا تكون من اهل الاقرار به كالصبي وكانه والله اعلم تنزيل الفوراني
لان هذه اللفظة في الابانة **قلت** لكنه قال في العمد هنا وقال في القديم لا تقبل
الا ان يكونا في دار الغربة انتهى وفي الحاوي وعن مالك انه يحكم باقرارها بالنكاح
في السفر ولا يحكم به في الحضر الا ببينة او بدعوى دخوله وخروجه من عندها لامكان
ذلك في الحضر وتعذره في السفر الا ان يكونا في غربة فيقبل وقد ذكره الشافعي
في القديم فمن اصحابنا من خرجه قولا في القديم ومنهم من نسبه الى حكايته عن مالك
وان مذهبه في القديم والجديد وقول فقهاء العراق انه يصادقهما عليه يوجب الحكم
بصحته في الحضر والسفر والغربة والوطن ○ **والثاني** ان محل الخلاف
في سماع الدعوى عليها حيث لا بينة له فان كانت فيظهر ان تسمع الدعوى وجها واحدا
ويعضده ان الاصحاب قالوا ان الدعوى على السفيه تقبل الخطا ونحوه مسموعة
وجها واحدا وان لم يقبل اقراره لتقام البينة عليه ان انكر فان قيل اذا جوزتم
الدعوى لاجل اقامة البينة فاحتمال اقرارها متوقع فاذا اقرت لم تسمعوه فكيف
تقام البينة على معترف وجوابه انا اذا لم نرتب عليه حكما جعلناه كالسكوت لذا اشار
اليه الامام وجوز للمدعي ان يحلف اذا قلنا يمين الرد كالبينة مع تصريحها بالاقرار
انتهى وعلى كل حال اذا صحت الدعوى بالنكاح فهل تشترط في صحة الاقرار به التفصيل
السابق في الدعوى فيه خلاف جاز فيما اذا اقر الرجل بالنكاح والاصح انه لا يشترط

وهو المذهب في النهاية والبسيط وفي تعليق القاضي الحسين وفي نسخة اخرى
الطيب ان المذهب الاشتراط وقال الرافعي يكفي الاطلاق ان كفى في الدعوى
الشهادة والا فوجهان اظهرهما الاكتفاء بالاطلاق والفرق ان المقر لا يقر
الا عن تحقيق وبحث وفي الشهادة على اقرارها لا يشترط ان يقولوا ولا نعلم
انه فارقها انتهى وفي تعليق البغوي وكان الفرق بين الدعوى والاقرار انه
لو ادعى على انسان الفا مطلقا لا تسمع هذه الدعوى ولو اقر له بالف مطلقا
تسمع انتهى **فرع** اذا ادعى على القاضي نكاح مجنونة قال القاضي الحسين
تسمع دعواه فان اقر به القاضي فذاك وان انكر لم يحلف لان تكذيبه انكار القضاء
انتهى واشتراط التفصيل وعدمه في دعوى المراة النكاح حيث تسمع كاشتراط ذلك
في دعوى الرجل النكاح قال الشافعي في الام في رجل يدعي نكاحا لا بد من كشف
النسب وكذلك المراة تدعي نكاحا فهي كالرجل انتهى ○ فاذا ادعت نكاحا فان
اقترن بدعواها طلب حق لها من مهر او نفقة او ميراث سمعت قطعا وكذا ان محضت
دعوى الزوجية على الاصح والاصح في تعليق البغوي المنع قال لانه يرفع النكاح
بانكاره فلا معنى للدعوى مع انكاره انتهى فان سمعت نظر فان سكت واصر عليه
اقامت البينة عليه وان انكر لم يكن انكاره طلاقا على الاصح وقيل لا اظهر فان
قلنا هو طلاق سقط ما ادعته اي من الزوجية ولها ان تنكح غيره ولو رجع عن
انكاره وقال غلطت فيعلم تقبل رجوعه وان قلنا ليس بطلاق فانكاره كسكوته
فتسمع البينة وان رجع قبل رجوعه وسلمها وان لم تكن لها بينة وحلف فلا
شيء عليه وله نكاح اختها واربع سواها وليس لها ان تنكح غيره وان اندفع النكاح
ظاهرا حتى يطلقها او يموت قال البغوي او تفسخ باعساره او امتناعه اذا جعلنا
الامتناع مع القدرة ممكنا من الفسخ قال الرافعي ويمكن هذا مبنيا على ان
للمراة ان تفسخ بنفسها اما اذا احوجناها الى القاضي فما لم يظهر له النكاح كيف تفسخ
او ياذن في الفسخ وينبغي ان يرفق الحاكم به حتى يقول ان كنت نكحتها فهي طالق
ليحل لها النكاح وان نكل الرجل حلفت هي واستحقت المهر والنفقة وان نكلت
بطل حقها قال البغوي في التعليق ولو رفق به القاضي ليطلق فلم يفعل فهل يطلق

القاضي وجهان ثانيهما لا فعلى هذا هل لها ان تنكح ام لا وجهان قال وذكر
الشيخ ابو علي في طريقته اذا انكر الزوج فلا نكاح بينهما في الظاهر وهل يكون ذلك
طلاقا قال لا لتعلق قال شيخنا الامام يعني البغوي وتفصيل هذا انه ليس له ان
يمسكها في الظاهر بحكم النكاح وهل يكون طلاقا في الباطن حتى تنقضي العدة
وهل له وطؤها في الباطن وجهان وكذلك هل له ان ينكح اختها او اربعا سواها ان
جعلناه طلاقا في الباطن يجوز والا فلا فاما المراة فان جعلناه طلاقا باطنا جاز
لها النكاح ظاهرا او باطنا كما لو طلقها صريحا ولو لم نجعله طلاقا باطنا ليس لها ان تنكح
لا ظاهرا ولا باطنا لانه في الباطن لم يطلق وفي الظاهر هي تدعي النكاح انتهى وقوله
فان جعلنا طلاقا باطنا جاز لها النكاح ظاهرا او باطنا مشكل والمتجه ان يقال جاز
لها النكاح باطنا لا ظاهرا فتامله وفي فتاوي القفال لو ادعت انك نكحتني فانكر
هل لها ان تنكح في الحال من اصحابنا من قال لا يحل وهو الظاهر فسئل القفال
هلا يجعل انكاره فرقة واقعة تطلقه كما قال الشافعي اي في الاملا قبيل اذا
قال نكحتها وانا واجد للطول او محرم يجعل ذلك فرقة بطلقة قال لان هناك
اقر بالنكاح ثم ادعى ما يمنعه فجعل منه تطليقة وهنا لم يقر بنكاح اصلا بل انكر فافترقا
ومن اصحابنا من قال الحاكم يتلطف به ليقول ان كنت نكحتها فقد طلقتها لتحل للغير
كما قال الشافعي وان لم يطلق لم يحل لها ان تنكح في الحال اذا انكر نكاحها والاول
اصح انتهى وقال الماوردي اذا ادعته ولها بينة سمعت والا حلف لها فان حلف
فذاك ولها ان تنكح غيره وان اقر بنكاحه لان نكاحها قد زال بيمينه وان نكل عن
اليمين ردت عليها فان حلفت حكم لها عليه بالزوجية وحل له اصابتها والاستمتاع
بها انتهى ورايت في فتاوي القفال انها اذا ادعت انك نكحتني فعليك المهر والنفقة
فانكر وحلف فهل لها ان تنكح زوجا في الحال ام لا ينظر فان ادعت الدخول فليس لها
ان تنكح ما لم تنقض العدة وان لم تدع الدخول فلها ان تنكح زوجا اخر وقضيته هذا ان
الانكار تطليق وان لا يقتصر اثره على الظاهر دون الباطن وفي النهاية انها اذا ادعت
النكاح ولم تتعرض لذكر مال فهل تسمع دعواها وجهان ثم ذكر ان الكلام في المسئلة يتعلق
بثلاث منازل احدها ان تدعي النكاح فيسكت ولا يبدي اقرارا ولا انكارا ففي سماع البينة

والحالة هذه وجهان واذا سمعنا دعواها وسمعها فيثبت اصل النفقة هذه منزلة
المنزلة الثانية ان ينكر الزوج والقول في هذه المرتبة يترتب على القول في الاولى
ان قلنا لا تسمع دعواها اذا سكت فلا تسمع هنا وان قلنا تسمع في سكوته فانكر فهل
يبطل الدعوى بعدما سمعت فعلى وجهين مبنيين على قاعدة وهو انه اذا انكر النكاح
ثم اعترف به فهل يقبل اعترافه ام يمتنع عليه اثبات النكاح بعد تقدم انكاره
وهذا مختلف فيه عندنا ان حقيقة الخلاف في قبول دعوى المراة تتلقى من هذا
فان قبلنا اعترافه بعد انكاره ولها ان تثبتها بعد اعترافه فالدعوى لا تبطل بانكاره
وان قلنا لا يقبل اعترافه فلا سبيل لها الى اثبات النكاح عليه فيما يتعلق به ولكن
هل تثبت حقوقها المالية ففيه احتمال وتردد كل ذلك على قولنا ان انكاره النكاح
بمنزلة الطلاق المبين ثم قال وتمام الكلام في هذا انا اذا اثبتنا دعواها فلها
حقوقها المالية ولا اخلاص منها الا بالطلاق واما طلب القسم فان لم نتصور اعترافا
بعد انكاره لم يصح منه طلب الزوج القسم محال وهي محرمة عليه وان قلنا يتصور
منه الاعتراف بعد الانكار من طلب القسم منه احتمال مع اصراره على دعوى التحريم وان
كنا نثبت الحقوق المالية انتهى **فرع** تحته امراة فادعى اخر زوجيتها
فالصحيح ان هذه الدعوى تكون عليها لا على الزوج لان الحرة لا تدخل تحت يد
فلو اقام كل منهما بينة لم تقدم بينة من هي تحته بل هما كاثنين اقاما بينة من هي
تحته بل هما كاثنين اقاما بينة على نكاح خلية فينظر ان اطلقتا او ارختا بتاريخ
واحد فتتعارضان ولا قسمة هنا ولا قرعة وان اختلف تاريخهما قدمت اسبقهما
تاريخا بخلاف نظيرها في المال على قول لان الاستقلال فيه غالب دون النكاح ولو اقامت
بينة هذا على النكاح وبينة هذا على اقرارها به فالاول اولى كما لو اقام بينة بانه غصبه
كذا واخر بينة انه اقر له به فان اقرت لاحدهما فعلى ما ذكرناه فيما اذا زوجها وليان
لا سيما وادعى كل منهما سبق نكاحه هذا حاصل الروضة ونسبه الرافعي الى التهذيب
وغيره وكيف تسمع بينة من هي تحته وهو غير مدعى عليه وعلل البغوي في التعليق قوله
فالاول اولى بان اقرارها بعد الزوجية لا يقبل للغير ثم شبهه بما سبق من مسئلة
الغصب والاقرار ۝ وقدمت في الرجعة فرعا فيما اذا ادعى على امراة في حالة رجل

انها زوجته فقالت كنت زوجته فطلقني تعين مراجعته وقد اوضحته
في النسخة هناك بالابسط جهده ووقعت المسئلة في الفتاوي وحصل فيها خبط
فرع قال الدارمي اذا ادعى نكاحها باذنها فانكرت الاذن ثم اعترفت
بها لم يحل له والرجعية اذا ادعت انقضا عدتها ثم قالت لم تنقض ثم قيل بظاهرها
والمعصل وقد حكى هذين النصين ابو عاصم العبادي وشريح الروياني ثم قال الافضل
انهما على قولين وقيل بتقريرهما والفرق واستشكل الهروي نصه في النكاح والمال
الكلام عليه فرع ادعت ذات ولد انها منكوحته وان الولد منه فانكر النكاح
والنسب صدق بيمينه وان قال هو ولدي واطلق او قال من غيرها لم يكن مقرا
بالنكاح وان قال انه منها وجب المهر وان اقر بالنكاح فذاك فان قال كان نكاح تفويض
طالبته بالفرض حيث لا دخول والا فلا معنى لانكاره هكذا ذكره البغوي في تهذيبه
وتعليقه وتبعاه وعلله بان الاصابة المثبتة للنسب لا تخلو عن المهر قال ولا يجيء
استدخال الماء لانه نادر انتهى وفي التنفيس من اطلاق القول بوجوب المهر بمجرد
اعترافه بانه ولده منها اذ يجوز ان يكون كذلك ولا مهر بان نكحها رشيدة باذنها
وهو سفيه بلا اذن ومكنته مختارة فلا مهر لها على المذهب او كان الولد عن استيلاد
ثم اعتقها فادعت انه نكحها من بعد وغير ذلك والاصل براءة الذمة فبان ثم اصابات
مثبتة للنسب خالية عن المهر اللهم الا ان يقال سكوته عن ذلك دليل على ان
الحال تقتضي وجوب المهر والا لذكره ولهذا قال في التعليق ولا يدعى هذا ان يحلفها
انك ما استوفيت المهر او لم تبرئ وفيه نظر لانه قد يجهل ذلك او يغفل عنه ولم لا
يقال يستفسره الحاكم ويعمل بتفسيره ليكون الالزام بالمهر اذا توجه على بصيرة
ويقين فرع اطلق البغوي انه لا تسمع دعواه نكاح ثيب صغيرة حتى
لو ادعى انه نكحها وهي بكر فالمذهب هنا لا تسمع لان الدعوى انما تكون على الاب
وهو لا يملك انشا العقد عليها لانها ثيب فلا يقبل اقراره عليها انتهى والظاهر ان
هذا في العاقلة وحيث لا تبينه له بما ادعاه قال او عقدا ماليا كبيع وهبة
كفى الاطلاق في الاصح ن اذا ادعى عقدا ماليا كالبيع والصلح والرهن والهبة
والاجارة ففيه ثلاثة اوجه وقيل اقوال احدها انه لا بد من التفصيل والتعرض

للشرايط كالنكاح ويحكى عن ابن سريج وثانيها ان يتعلق العقد بجارية وجب
التفصيل احتياطا للبضع والا فلا ومال الى ترجيحه الماوردي واصحها لا يجب
وهو المنصوص المشهور لان المقصود المال والعقود المالية اخف حكما من عقود
النكاح ولذلك لا يشترط الاشهاد وان يتعلق بجارية والنكاح بخلافه فعلى هذا
هل يشترط التقييد بالصحة فيه وجهان اصحهما في الوسيط نعم وقضية كلام الرافعي
ترجيحه حيث قال وقوله ولا بد ان يدعي بيعا صحيحا معلم بالواو لكن قضية كلام
شريح الروياني ان هذا الخلاف على قولنا انه لا بد من التفصيل لا على المذهب حيث
قال في روضة الحكام اذا ادعى عقد بيع واجارة ونحوهما فهل يحتاج صحة الدعوى الى
ذكر السبب وصفة العقد فيه وجهان اصحهما لا فعلى هذا لو ادعى شرى امة فهل
يحتاج فيها خاصة الى ذكر السبب والشرايط وجهان واذا قلنا يجب وصف شرايط
العقود فيشترط في دعوى البيع من المالك ان يقول اشتريته من فلان وباعه مني
بكذا وتشاهدنا المبيع وتفرقنا ويقول شريت صحيحا في اصح القولين وتسليم المبيع فان
كان غايبا وصفه وحده فان ادعى القبض قال تقابضنا المبيع من غير منازع ولا اسبا على
قال وفي السلم يزيد قبض الثمن في المجلس وقدر في احد القولين وصفات المسلم فيه
صفة عامة وانه حال او مؤجل وانه مامون الوجود ويذكر مكان التسليم في احد
القولين انتهى وفي الحاوي في تفسير الدعوى الصحيحة انه اذا ادعى ابتاع عبد
فان كان المقصود دعوى العقد فلا بد ان يذكر قدر الثمن وان كان المقصود
من بيع فلا بد ان يذكر انه ابتاعه منه ودفع ثمنه وتسلمه منه ولا يلزمه ذكر قدر
الثمن وقضيته كلامه ان هذا لا بد منه على الاوجه الثلاثة وقد حكاها من بعد
وجعلها متفرعة على القول بوجوب ذكر شروط العقد في دعوى النكاح قال
ومن قامت عليه بينة ليس له تحليف المدعي اي على استحقاق ما ادعاه لانه
تكليف حجة بعد قيام حجة ولانه كالطعن في الشهود هذا هو المشهور ونقله
شريح الروياني عن النص ثم قال وقال بعض اصحابنا اذا اقام المدعي بينة على الحق
الذي يدعيه فقال المدعى عليه للحاكم حلفه انه يأخذ ذلك مني بحق فهل يلزمه
اليمين وجهان ورايت في ادب القضا للدبيلي عن البويطي انه لو اقام بينة على

سلمة الى الحالة فان قالوا في شهادتهم لا نعلم انه باع ولا وهب فذاك والاصح

ان شهادتهم الاولى كالة فان اراد المشهود عليه ان يحلفه انها في ملكه احلفته

ولا احلفه ان الشهود شهدوا بالحق الا ان يدعي ان شهوده شهدوا بباطل

وهو يعلم فيحلفه على ما علمه في الشهود انتهى وفي روضة الحكام انه لو اقام بينة

بان هذه الدار التي في يد المدعى عليه كانت ملكه لا نعلم زوال ملكه عنها

قال ابن المنذر قال الشافعي يحلف مع البينة فان شهدت مع هذا بانه غاصب

جاز ولا يمين مع البينة انتهى واحسبه سبق في باب القضاء على الغايب بزيادة

وقال ابو عاصم العبادي اذا قامت البينة على منكر بمال فحكم القاضي بها فقال

اقررت بهذا المال والمقر له يعلم انه لم يسلم الى ذلك المال فسله على تسليم المال

لم يحلفه لان ذلك طعن في الحكم بخلاف ما قبل الحكم فانه يحلفه قال الهروي وهذا

الفرق بين ما قبل الحكم وما بعده وان كان مليحا فهو غير معروف والقياس يقتضي

جواز التحليف قبل الحكم وبعده لان المحكوم له لو اقر بانه لم يدفع المال في الاصل لزمه

رد المال انتهى وهذا هو الظاهر ولا شك انه لو طلب التحليف على وفق ما قامت

به البينة مطلقا انه لا يجاب اما لو اعترف بصدق البينة ثم ابدا عذرا لو اعترف

به المدعي لبرئ فقد قالوا في كتاب الرهن انه لو قامت بينة باقراره باقباضه

الرهن او الهبة او بيع ونحوه ثم قال لم يكن اقراري عن حقيقة فحلفوه انه قبضه

او الى بعينه مثلا فاوجه اصحها عند الجمهور وهو المنصوص في صورتي الرهن والهبة

انه يحلف قالوا ولا فرق بين ان يبدي عذرا كقوله اشهدت بالقول وطيبه يلحق او

احسبت انه قبض ثم بان لي خلافه او اشهدت على رسم العالة قبل صدور الاقباض

او صاح بكذب نفسه عمدا ونحو ذلك او لم يذكر شيئا من ذلك لان ذلك ممكن والثاني

الفرق بين ان يبدي عذرا اولا قاله ابو اسحق وصححه المراوزة والثالث لا يحلف

مطلقا ولو اقر في مجلس القضاء بعد الدعوى قال القفال لا يحلف المرتهن وان

ذكر تاويلا وقال غيره لا فرق لشمول الامكان وقال الامام ان اتحد المجلس كان كالاداء

نفسه وان اعتذر في مجلس آخر مثل الامكان ما قال ولو شهد الشهود على نفس القبض

فليس له التحليف بحال وكذا لو شهدوا باقراره فقال ما اقررت فان

فان ادعى ادا او ابرا او شرا عين او هبتها واقباضها حلف على نفيه ان اذا

ادعى ادا او ابرا عن الدين او بيعا او هبة واقباضا في العين فان ادعى ذلك

بعد اقامة البينة كما هي صورة الكتاب حلف المدعي على نفي ما يقوله ان مضى زمن

امكانه والا لم يلتفت الى قوله وان ادعى وقوعه قبل ان تشهد به البينة فان لم

يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفيه وان حكم فوجهان احدهما يحلف ايضا لاحتمال

ما ادعاه وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال واصحهما في الروضة والشرح الصغير

المنع لثبوت المال عليه بالقضاء قال الرافعي في شرحه الكبير وذكر في التهذيب ان

هذا اصح ولم يزد واعلم ان اطلاق الكتاب وغيره يوافق الوجه الاول وهو المختار

وربما اتى ما يوجبه ولم ار نقل الوجهين هكذا او الترجيح الا في التهذيب والتعليق

للبغوي والكافي تبعا له وقال ابن الرفعة ان كانت الدعوى بعد القضاء بالبينة

نظر فان كانت دعوى القبض قال القاضي الحسين فيخفى على القاضي انه لا يصغي الى

قوله لان القضاء بالبينة الزمه الحق وان كانت دعوى البراءة سمعت لانه لبس في ذلك

تكذيب الشهود لانهم يشهدون على الظاهر قال ابن الرفعة وقياس هذا المعنى ان

تسمع دعوى القبض ايضا انتهى ثم رايت البغوي قال في الفتاوى اذا اقام المدعي بينة

فقال الخصم ابرأني او ادّيت العين او قال قد اعتقني او وهبت واراد تحليفه فهل

يحلف ذكر الاصحاب وعلقته عن شيخي رحمه الله انه ان كان قبل قضاء القاضي بينة

المدعي يحلف المدعي وان كان بعد قضاء القاضي فوجهان الاصح لا يسمع ولكن دعوى

العتق وان الاصح انه يسمع ورايت في مجموع الشيخ ابي علي يحلف من غير فصل بين

قضاء القاضي او قبله والاصح عندي انه لا يحلف بعد قضاء القاضي ويحلف قبله في المواضع

كلها انتهى واطلق الدبيلي والفوراني والماوردي وحكاية انه اذا ادعى الادا

او الابرا او طلب بينة احلف له قال الماوردي اذا سال المشهود عليه احلاف المشهود

له انه ما قبض الدين او لم يبعه العين احلف لكن يجوز المراد بذلك ما قبل الحكم

ولا خفا انه لو قال ابرأني او باعني بعد الحكم له واحتمل صدقه احلف له قطعا واما اذا

اطلق او اسنده الى ما قبل الحكم فيتجه ان يقال انه لا يقبل منه ان وقع ذلك بعد

الاعتذار اليه لتناقضه الا ان يدعي النسيان او الجهل بالابرا ثم انه اذا ذكره علم فيحلف

له دائما اذا لم يعذر البينة لغيبة او لعذر، وقلنا لا يحلف للحكم عليه فحضر بعد
الحكم وادعى اداءً او ابراءً او بيعاً ونحوه قبل ذلك وانما تواردت لعذر اخر فيظهر التحليف
كما لو قدم الغائب فتامله **اشارة** قد يورد على قوله فان ادعى اداءً ما سيأتي
من انه لو قال لا اجيب على الحج قد جحد انه يقبل قوله ولا يلزمه بينة ولا يمين فيه
نظر **قال** وكذا لو ادعى علمه بفسق شاهده او كذبه في الاصح اذا اقام
شهود المدعي فسقه او كذبه او عداوة وهو يعلم ذلك فهل يحلف على نفي العلم به فيه
وجهان اصحهما في الشرح الصغير والمحرر نعم لانه لو اقر به بطلت شهادتهم وطرداه في كل
صورة ادعى ما لو اقر به الخصم نفعه والثاني في صورة الكتاب لا اكتفاء بظاهر
العدالة وتعديل المزكين وصححه البغوي في تهذيبه وتعليقه وتبعه صاحب الكافي
وبعض المعربين قال في التعليق لانه قد كملت الحجة فلا معنى للجرح الا بعد ان يبين
وجهه بحجة كما لو ادعى فسق الشهود لا يسمع ولا يحلفون قال الرافعي ويشبه ان يكون
الاظهر اجابته لتصديق الخصم فينتفع به او نكل فيحلف ويؤيد بقول الاصحاب ان دعوى
الاقرار بالمجهول صحيحة وان جواب الاكثرين في مسألة القذف تحليف المقذوف انه
لم يزن فان كان المدعي للقذف وانه حلف على نفي العلم وهذه الصورة حكيته عن النص
انتهى **قلت** وصورة الكتاب ايضا في البويطي اذ قال ولا احلفه لان
الشهود شهدوا بحق الا ان يدعي ان شهوده شهدوا بباطل وهو يعلم فيحلف على ما يعلمه
في الشهود انتهى وسنعيد الكلام في الاصل الذي ضبطوا به محل الوجهين وبين ما فيه
ان شاء الله تعالى ولو قال المدعى عليه ابرأني من هذه الدعوى قال الاصطخري حلف له
وزعم الروياني في التجربة انه المذهب وبه جزم الدبيلي لانه لو اقر انه لا دعوى له عليه
برئ والجواب في الوجيز واختاره القفال وغيره المنع وحكم الرافعي في شرحه الصغير
بانه الاظهر وطرح كلام التجربة قال لان الابراء عن نفس الدعوى لا معنى له الا
تصور صلح على الانكار وانه باطل وفي البسيط ان ما قاله الاصطخري فاسد اذ لا معنى
للابراء عن الدعوى لانه لو اقر انه لا دعوى له عليه برئ والجواب في الوجيز واختاره
القفال وغيره المنع وحكم الرافعي في شرحه الصغير بانه الاظهر وطرح الاول **واعلم**
ان الاصل المشار اليه وهو ان من ادعى ما ليس في نفسه حقا له ولكنه ينفعه في اندفاع

المدعي

المدعي عنه لا يكاد ينضبط صورة والترجيح في بعض صوره مخالف لبعض
وادعى الغزالي وغيره هنا انه لا يحلف الشاهد ولا القاضي بلا خلاف وقال
في الروضة قطعا وليس كذلك بل فيهما خلاف بيناه في ادب القضاء **فرع**
في فتاوى القفال انه لو اقام عليه بينة فاقام المدعى عليه بينة انه اقر بفسق
شاهديه بفسقهما فان كان بين قوله وبين شهادتهما زمن يسير بطلت الشهادة لانها
لا يحتمل حسن الحال ولو اقام بينة بانه قال انهما شربا الخمر نظران قال الشهود ان
المدعي قال انهما شربا الخمر يوم كذا وكان ذلك قبل شهادتهما بزمن يسير بطلت شهادتهما
وان كان بزمان يحتمل حسن الحال فيه لم تبطل شهادتهما وان اقام بينة على اقراره
مطلقا انهما شربا الخمر فقال المدعي نعم قد كان ذلك قبل اداء هذه الشهادة بخمس سنين
مثلا فالقول قوله ولا يحلف لهذه الدعوى وهذا ما رجحه البغوي ويستفاد من كلامه
انا اذا قلنا يحلف انه لا بد ان يقول لا اعلم فسقهما حالة الاداء ولا قبله بزمن لا يسع
لصلاح الحال فلو قال علمته من سنين مستفاد منه صدق يمينه ولا تبطل شهادتهما
وسبق في كتاب الشهادات كلام متنافيا في الاكتفاء بمضي مدة الاستبراء من غير مراعاة
واشتراط على حال الشاهد تعين الوقوف عليه **قال** واذا استمهل ليأتي بدافع
امهل ثلاثة ايام ○ اذا اقامت البينة عليه فادعى ان المدعي باع المدعى او باعه
من بايعه او ادعى انه ابراه عن الدين وان له بينة بذلك واستمهل ليأتي بها امهل
ثلاثة ايام لانها قريبة لا يعظم الضرر فيها وقد اعتبرها الشرع فيما لا يحصى قال الرافعي
وعن القاضي الحسين وجه انه لا يمهل اكثر من يوم واحد لانه يشبه ان يكون متعنتا
مدافعا ويشبه ان يقال يرجع في ذلك الى نظر القاضي واجتهاده ويختلف الحال باختلاف
الخصوم لددا او التواء وغير ذلك مما يدل عليه قرائن الاحوال والاقوال وقال ابن
الصلاح اثر قول الوسيط اذا قامت عليه البينة فقال امهلوني فان لي بينة دافعة
حتى احضرها قال الاصحاب يمهل ثلاثة ايام وقال القاضي بل يوما واحدا لانه يشبه ان
يكون متعنتا هذا نقله في النهاية عن القاضي مخصوصا بما اذا قال حلفني ثم فامهلوني
حتى اقيم البينة على ذلك وهذا هو اللائق بكلام القاضي وتعليله انتهى وهذا منه
تقتضي ان القاضي لم يقل ذلك في كل مهلة كما اقتضاه كلام الغزالي والرافعي وهو

صحيح لما سأنقله عنه وذلك في باب الامتناع من اليمين من النهاية انه في كلام
القاضي ما يدل على ان المدعى عليه اذا ادعى ابرا عن الحق وانفا فهو مطالب بالحق
فيقال له ادا او لمسك ثم استفتح دعواك وهذا لا اعرف له وجها والاصحاب مجمعون
على خلافه وكيف يطالب المدعى عليه باتيا الحق ودعواه مسموعة في الابرا وفصلها ممكن
في الحال بتحليف المدعي ثم لو ادعى الابرا وقال لي بينة فامهلوني حتى اقيمها اياما فلا
نمهله الآن ونقول ادما عليك او اقنع بتحليف صاحبك على نفي الابرا ثم ان
كان لك بينة فاقمها ونحن نتبع الحكم وله ان صدق ان يصابر الحبس اياما معدودة ليحضر
بينته وهذه المسئلة الان نناظر مسئلة وكيل الغائب في الحكم انتهى وفي البسيط انه كافة
الاصحاب على خلاف ما يدل عليه كلام القاضي اذ فصله بالتحليف في الحال ممكن نعم لو قال
امهلوني فلي بينة فيحتمل ان لا يمهل لان فصل الخصومة في الحال غير ممكن انتهى زاد ابن الـ
الدم لو كان المدعي عينا فادعى بيعها منه او هبته فكذبه المدعي فاراد المدعى عليه
اقامة البينة على ذلك فعلى طريقة القاضي [illegible] العين من يده وسلم للمدعي ثم يقال له
ما ادعيت واستردها وعن الصيدلاني وغيره ان بينته ان كانت حاضرة لم تنزل يده فان
استخفاف المدعي في الحال لا يتحقق نعم لو كانت غائبة فقال لا ترفعوا يدي وامهلوني
ثلاثة ايام لاقيم بينتي على الشرى قال الامام لا نمهله بلا خلاف وهكذا في دعوى الابرا
بالدين انتهى وكان الامام ذكره في موضع آخر وقال الشيخ ابرهيم المروذي في تعليقه
لو استمهل المدعى عليه لينظر في الحساب فقد ذكرنا انه لا يمهل وان قال لا اقيم البينة
قيل له على ماذا تقيم البينة فان قال على الادا او الابرا فيقال له اقررت بالحق فاخرج
منه ثم ادع عليه الادا او الابرا انتهى وهذا اجزم منه بما دل عليه كلام القاضي الحسين
وفي تعليق البغوي قبيل باب النكول انه لو ادعى الابرا فالقول قول المدعي انه ما ابراه ولو
قال لي بينة على الابرا فانه يجبر في الحال على ادا المال ثم ان اقام بينته بعد ذلك
استرده انتهى ولا احسب القاضي الحسين يقول انه يرهقه الى الادا ولا يجاب الى تحليفه
في الحال لو طلبه كما افهمه كلام الامام وغيره بل مراده ما اذا طلب التاخير ليقيم البينة
كما قاله المروذي **فرع قال الماوردي في كتاب الكفاية** انه لو ادعى الادا وان
له بينة غائبة انظر بها يوما ويومين واكثره ثلاثة فان احضرها فذاك وان احضر

في الثلاثة شاهدا واحدا واستنظر بالثاني انظر به ثلاثة ايام مستقبلة ولو
احضر في الثلاثة شاهدين ولم تثبت عدالتهما انظر بهما ثلاثا لانه استنظار لبينة
في شهادة اخرى انتهى والظاهر طرد ما ذكره هنا في سائر صور الامهال **فرع**
اذا قال قضيت او ابرأني فذاك وان اطلق وقال لي بينة دافعة قال الرافعي فينبغي
ان يستفسر لانه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعا الآن يعرف تثبته ومعرفته قلت
صرح المروذي باستفساره بقوله وان قال لا اقيم البينة قيل له على ماذا تقيم البينة
وفي فتاوي **القاضي الحسين** لو اقام بينة بدين او عين وطلب القضا فقال
الخصم لي دفع القضا يسأله القاضي عن بيان الدفع اذ يحتمل ان ما يدعيه لا يكون
دفعا قال الرافعي واذا عين جهة ولم يأت بالبينة عليها وادعى عند القضا مدة المهلة
جهة اخرى واستمهل فما ينبغي ان يجاب وان ادعى في المدة او في آخرها جهة اخرى.
واقام البينة عليها وجب ان يسمع انتهى وجزم في اصل الروضة باستفساره وبه
اجاب القفال في الفتاوى وهو ظاهر وقد يقال يتوقف ذلك على طلب الخصم الفقيه
دون الجاهل وحذفت الروضة قوله او في آخرها اكتفا بقوله في المدة **فرع**
قال الدارمي في باب الامتناع من اليمين اذا اقام على دعواه بينة فاقام المدعى عليه
شاهدا اقر ببطلان البينة او ابراه حلف وبرئ واذا ادعى سهما فانكر لم يحلف
الا ما هذا حق يملك ولا غيره بوجه من الوجوه لانه قد يملكها ثم تخرج وهل يسمع خصمه ام
تكفي الاشادة على وجهين بان اجاب الدعوى بان اشتريتها منه ونحو هذا لم يسمع
حتى يقول وانا املكها الى الآن وكذلك في كل حق انتهى والظاهر من الوجهين انه لا
يحتاج مع الاشادة الى تسمية الخصم **فرع** في يده دار فقال هذه دار فقال
نعم هذه دار كنت بعتها واقام على الشرى بينته لم تقبل لانه اقر للمدعي في الحال فلا
تقبل اذا وصل كلامه ببطلان العادة جرت بان يقال هذه دار فلان اشتريتها منه
اي كانت داره وكذا لو قال دار فلان ملكي هل تقبل دعواه وجهان وكذا لو قال
اشهد ان دار فلان هذا لفلان ذكره في روضة الحكام ويحتمل ان تعرف بين المشهورة
بفلان وغيرها اذ يراد في الاولى التعريف **قال** ولو ادعى رق بالغ عاقل
الى مجهول النسب فقال انا حر فالقول قوله اي عملا بالاصل وعلى المدعي البينة ولا فرق

من ان يكون انكاره باستخدام المدعي وتسلطه عليه اولا يكون ولا بين ان
يسدا وله الا ان يجري عليه البيع والشراء مرارا وبين ان لا يكون كذلك فان
كان قد اشتراه من غيره وحلف على نفي الرق فهل يرجع المشتري على بايعه بالثمن سياتي
بيانه ان شاء الله تعالى وان قال البالغ العاقل لمن هو في يده انك قد اعتقتني او
اعتقني من باعني منك طولب بالبينة هذا ما اورده الرافعي وغيره وفي روضة
الحكام وان كان في يد بالغ عاقل فادعى رقه فكذبه وقال انا حر فالقول قوله وقال
بعض اصحابنا المذهب ان القول قول صاحب اليد لان الشافعي قال ولو اقر السيد
ببيعه لرجل واقر العبد لغيره فالقول قول السيد وعندي ان الفرق بينهما ان هناك
العبد قد اعترف بالرق وانه مال تثبت عليه اليد واليد عليه للسيد فلا يقبل دعواه
واذا انكر الرق فلم يعترف بثبوت اليد عليه والاصل الحرية انتهى وسياتي عن فتاوي
البغوي ان القول قول ذي اليد لان البالغ عند طول مدة الاستخدام والتصرف كالصغير
والعقد قال وقيل اولى وفيه نظر ياتي بيانه فرع اقام المدعي بينة برقه واقام
هو بينة انه حر اطلق البغوي وغيره ان بينة الرق اولى لان عندها زيادة علم وهو
اثبات الرق وحكى الهروي عن الاصحاب ان بينة الحرية اولى خلافا للشيخ ابي حامد
وكذا قال شريح في روضته قال او رق صغير ليس في يده لم يقبل منه الا
ببينة اي لان الاصل عدم الملك والظاهر ان المجنون البالغ كالصغير قال
اي يده حكم له به ان لم يعرف استنادها الى التقاط كما لو ادعى الملك في دابة او ثوب
بيده وحكى الدارمي وجها انه لا يقبل دعواه حتى يكشف سببه كالملتقط يدعي رقه
وهذا وان استغرب فهو قوي ويحتمل انه يجب استفسار غير الفقيه لانه قد يعتقد
ما ليس بسبب للملك سببا فيدعيه وهذا متعين عندي ويفرق بين الادمي والدابة
ويجوز بالاحتياط للانساب والابضاع وبان الاصل في الادميين الحرية قال
فلو انكر الصغير وهو مميز فانكاره لغو على الاصح كغير المميز اذ لا عبرة بقولهما والمراهق وبه
عبر كثيرون كالمميز قال وقيل كبالغ لانه يعرب عن نفسه كالبالغ والكلام
معتبر بخلاف الطفل تنبيهات وفروع منها اذا عرف استناد يده على الصبي
الى الالتقاط لم يصدق انه ملكه على الاظهر كما تقدم بزيادة كلام قاله في الذخاير هنا

فان اقام الملتقط بينة له باليد لم يقبل الا ان عرفنا سببها وان اقامها باليد
غير فوجهان احدهما تسمع كالمال والثاني المنع لان ثبوت اليد عليه لا تدل على
الملك ولو شهدت البينة للملتقط بالملك سمعت لكن لا تقبل ما لم تبين سبب الملك
لجواز انها اعتمدت يد الملتقط ولا اثر لها في قول انها تسمع انتهى ومنها في
فتاوي البغوي امراة لها ولد اقاما ببلد مدة على حكم الاحرار يقول هذا ولدي
ويقول هو هذه امي ثم ادعى مدع رقها فقالت كنت مملوكته فاعتقني وانكر الولد وقال
انا حر الاصل ولست بابن لها حكم بشهادته قلت وينبغي ان قوله ولست بابن لها
غير محتاج اليه وانه لو استرق بجارية وولد اقبلنا الولد وقال انا حر الاصل يقبل
قوله انتهى ومنها اذا اجرينا على قول المدعي ثم بلغ الصغير وانكر الرق لم يقبل منه على
الصحيح عند الجمهور خلافا لترجيح الامام والغزالي تصديقه واختاره التقي وهو قول
الشيخ ابي حامد نعم ان اقامت بينة بحريته سمعت وفاقا وحكم بحريته قال الرافعي ولا
فرق بين ان يدعي في الصغر ملكه ويستخدمه ثم يبلغ ويسكت وبين ان يتجرد الاستخدام
والاستيلاء الى البلوغ ثم يدعي ملكه وينكر المستخدم في جريان الوجهين كذا ذكره
الروياني وغيره قلت وقال شريح الروياني فان بلغ الصبي بعدما ادعى رقه
وادعى الحرية قال اصحابنا لا يسمع قوله لسبق الحكم برقه وفيه وجه ان القول قوله
بيمينه وعلى ذي اليد البينة ولو شاهد وامراتان او ويمين وهل يحتاج البينة الى بيان
كشف السبب وجهان واختار التقي سماع انكاره وهو قول الشيخ ابي حامد والاول
اصح واذا قلنا لا يقبل انكاره فلو كان الصغير في يده ولم يدع رقه فبلغ ثم ادعى رقه
فانكر قال اصحابنا لا يسمع انكاره لانه قد عرف ثبوت يده عليه واليد ظاهرها الملك
وقال بعض اصحابنا يقبل انكارها وعلى مدعي رقه البينة وحكم المجنون كالصبي انتهى
ويحصل ثلاثة اوجه اعدلها ثالثها ومقتضى كلام الماوردي ترجيحه حيث جزم بانه لو
ادعى رقه في صغره ثم بلغ وكذبه انه لا يقبل منه الا ببينة تشهد له لان الحرية له اخلاف
سببه قال ولو لم يدع في الحال رقه حتى بلغ ثم ادعى رقه فوجهان وجه المنع بان دعواه
لما تاخرت عن الصغر صار متهمة عليه بعد الكبر ودعواه بعد الكبر لا تقبل الا ببينة قال
وهذا اظهر الوجهين عندي انتهى وصحح الامام في الذخاير وقال الخراسانيون ان كان

التصرف مما يستدعي ثبوت الملك كان كدعواه الملك في صغره وان كان تصرفا
لا يستدعي ولا ادعاه في صغره ففيه طريقان انتهى وقد يخرج من هذا وجه رابعا
وذكر الامام طريقة قاطعة بقبول قول الصبي بعد البلوغ وقال انها متجهة
يحصل في المصدق طرق ما انها اجرا وجهين ومنها قال الرافعي والدعوى على البالغ
المسترق وان لم تكن عليه البينة عند انكاره فهي غير ساقطة العرض بالكلية بل
يجوز الاعتماد عليها في الشرى ان سكت المسترق اكتفا بالظاهر لان الحر لا يسترق
وعن الشيخ ابي محمد انه كما لا يجوز شراوه مع انكاره الرق لا يجوز شراوه مع سكوته
بل يسال اولا فان اقر اشترى انتهى ونقله في البسيط عن اختيار بعض الاصحاب
وان اليه كان يميل الشيخ ابو محمد في الفتوى ولم يرهو ولا امامه الضعف ما افتى
به ابو محمد بخلاف الرافعي والمختار في زماننا ما افتى به فان اكثر من يجلب فيه ويدعى
رقه احرار لم يجر عليهم سبب يقتضي استرقاقهم ولا سيما الاتراك واكثر من يجلب ويدعى
رقه لا يعقل لعجمته وسكوته لا يسقط رقه لثبوت اليد بل اكثر الترك وغيرهم يجهلون
ان الاستيلاء على الحر المسلم لا يقتضي رقه ويعترفون لذي اليد بالرق لا جرم قال الشيخ
ابو محمد في الشرح اصول الكتاب والسنة والاجماع متطابقة على تحريم وطي السراري
اللاتي يجلبن اليوم من الروم والهند والترك الا ان ينصب الامام في المغانم من يحسن
قسمها فيقسم من غير حيف وظلم الى ان قال فلا بد من تمام قسمة لتحليل الفروج وصحة
البيع على رقاب المماليك وقال شيخه القفال في الفتاوى اذا اشترى اليوم جارية
لا يحل له وطؤها لان هولا الابا لا يخمسون واكثرهم لا يعطي حق الغانمين فعلى هذا لا
يجوز شرى الجواري والعبيد لما ذكرنا الا ان نوعا منهم يجوز شراوه وهو ما سبى الكفار
بعضهم من بعض ثم يبيعونه من المسلمين فانه يصح اذ لا خمس عليهم انتهى وقد وضحت
المسلة في موضع اخر لعموم البلوى بها واقل ما فيها استنطاق من يباع قبل الشرى فان
اقر بالرق فذاك على ما فيه والا فلا يشترى ولا عبرة بالسكوت ولا سيما من الابكم والاعجمي
الذي لا يعقل ويظهر انه لا يجوز وطي الامة المشتراة اعتمادا على سكوتها عند الابتياع
وانه لا يجوز الاقدام على الشرى الا بعد الاعتراف الصريح بالرق والورع بعض البحث
والاستفسار عن سببه ووجه ثبوته لو وجب ذلك **قال** ولا تسمع دعوى دين موجل

في الاصح لانه لا يتعلق بها الزام في الحال والثاني تسمع لتثبت في الحال ويطالب به
في الاستقبال اذ قد يموت المدين فيحل الطلب والثالث ان كانت له بينة سمع
دعواه ليسجل خوفا من غيبتها وموتها وان لم تكن له بينة فلا هكذا اوردها الرافعي
وغيره وذكرت في الغنية هنا عن الحاوي تفصيلا وبحثا لابن ابي الدم
ولتعرف بالمراجعة طرحته لطوله **تنبيهات وفروع منثورة**
احدها لم يصرح الرافعي في المحرر وشرحه الصغير بترجيح وانما قال رجح المنع
وذكر في الكبير انه الجواب في فتاوى القفال وذكر الهروي انه الاصح وجزم في متن
الروضة بانه الاصح وجزم الماوردي وعزاه في البسيط والوسيط في كتاب
التدبير الى نص الشافعي وذكرت في الغنية ان الذي يظهر رجحانه الوجه المفصل
في كلام الرافعي وانه الاقرب الى نص الشافعي والاصح عند اكثر الاصحاب سماع
الدعوى لغرض التسجيل عند خوف موت الشهود وطول غيبتهم وهو نظير ما تقدم
من الشهادة على الشهادة عند فوت الحق **ثانيها** لو اعترف باعسار انسان واراد
ان يدعي عليه دينا ليثبته على توقع مطالبته اذا ايسر ففي سماع الدعوى عليه خلاف
مرتب على الدعوى بالدين الموجل وهذه اولى بالمنع لان زوال الاعسار لا منتهى له
ينضبط **ثالثها** الدعوى على العبد بدين معاملة ثابت في ذمته هل تسمع فيه
فيه خلاف مرتب على المعسر واولى بعدم السماع ذكره الامام وما قبله في اخر التفليس
قال وقد اشتمل كلامنا على ثلاث مراتب الاولى في الدين الموجل والثانية في الدعوى
على المعسر مع الاعتراف باعساره والثالثة وهي بعدها واولاها بالرد الدعوى
على العبد بدين متعلق بذمته على ادعاء العتق وزوال الرق **رابعها** قال الرافعي
هنا من ادعي عليه دين موجل قبل المحل فله ان يقول في الجواب لا يلزمني دفع شي
اليك الان ويحلف عليه وهل له ان لا يقول لا شي علي مطلقا عن القفال فيه وجهان
مبنيان على الوجهين في ان الدين الموجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب انتهى
ولك ان تستشكل قوله فله ان يقول كذا واقول كيف يمنع منه هذا الجواب المجمل والحلف
عليه وقد نطق ما ليس بتاجيل تاجيلا وقياسه ان يقنع من المعسر بهذا الجواب
والحلف عليه وهو بار بلا شك ويكون ذلك من حاله من دعوى الاعسار فاما البينة

به حيث لا بيّنة عليه بالدين وقد يعجز عن بيّنة الإعسار ولكنت أقول إذا قلنا
قول المديون في الأجل إذا وصله بإقراره كما هو المذهب فلا معنى لقبول هذا الجواب
منه وإن لم نقبله ففيه احتمال ثم رأيت الإمام ذكر في آخر التفليس تفريعا على منع
الدعوى بالدين المؤجل أن على من يدعي الدين الحال أن يصرح بذكر الحلول أو
يقول لي عليك ألف يلزمك تسليمه إليّ فإن قال ذلك وكان الدين مؤجلا فللمدعى
عليه أن يقول لا يلزمني تسليم ما ادعيته إليك قال وكشف القول في هذا يستدعي
مزيد بيان مأخوذ من الاختلاف في مسألة وهي أن الرجل إذا أقر بألف مؤجل فهل
يقبل قوله في الأجل أم يؤاخذ بالألف حالا والقول قول المقر له في نفي الأجل بيمينه
فيه قولان فإن قلنا لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل فيلتفت منه
والحالة هذه أن يقول لا يلزمني التسليم ويحلف عليه وإن قبلنا قوله فوراء ذلك نظر
يجب البث فيه وهو أنا إذا فرعنا على أنه لا يؤاخذ حالا فلو قال المقر له احلفوه لي
احلف على نفي الأجل قلنا لا يكتفى منك بهذا فإنا نفرع على أنه غير مؤاخذ بالألف
فلا يلزمه إلا ما اعترف به وهو دين مؤجل فإذا ثبت هذا عدنا إلى غرضنا فإن
حكمنا بأنه يؤاخذ بالألف حالا وغايته مضطر به أن يحلف المقر له فعلى هذا
يكفيه في جواب الدعوى لا يلزمني تسليم ما ادعيته ولا يحلف إلا على هذا الوجه
وإن قلنا لو أقر بدين مؤجل لم يؤاخذ بالأجل فهل له أن يقول لا يلزمني تسليمه يفتي؟
فعلى وجهين أحدهما نعم فإن مقصود الدعوى مطالبة المدعى عليه فإذا أنكر وجوب
التوفية وحلف عليه فقد تعرض لمضادة مقصود الدعوى ومن أصحابنا من قال عليه
أن يبوح فإن لم يكن أصل الدين فليصرح بنفيه وإن كان الدين ولكنه مؤجل
فليعترف به مؤجلا انتهى وهذا هو المختار لما ذكرناه وقد يأتي ما يعضده إن شاء الله تعالى كذا
خامسها في فتاوى ابن الصلاح ادعى عليه عند حاكم بأنه أبرأه من دين مبلغه كذا
فأجاب إني لا أستحق عليه شيئا فأراد المدعي أن يقيم بينة على البراءة قال إن كان له
غرض في إثبات البراءة مع اعتراف خصمه أنه لا يستحق شيئا فتسمع دعواه وبينته عند من أجاز
سماع هذا لغرض التسجيل انتهى سادسها قال الرافعي متصلا بما سبق عنه وعن
القفال أن من أقام عليه البينة بألف فقال علي ألف لكنه مؤجل فخطؤوا أنه معجل فقد

سقط

سقط أثر الشهادة وهذا يشخص أثر لغيره بدين مؤجل ففي قبول قوله في
الأجل قولان إن قلنا فله تحليف المدعي على نفي الأجل هكذا وقع في كتاب
الرافعي على لفظ نسخه وفيه خلل وصوابه أن يقال إن قبلناه فالقول قوله فيه
مع يمينه وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل وذكر الدبيلي أنه لو ادعى عليه
ألفا فقال له علي ألف مؤجل إلى سنة قولان فأما إذا أقام البينة عليه بالألف
درهم فقال صدقوا وهي مؤجلة لم تسمع منه بلا خلاف بين أصحابنا لأن هذا جرح
بالبينة ليس بإقراره فلا يقبل منه خلاف ما قامت به البينة انتهى ونقل ابن الرفعة
كلام القفال في كتاب الإقرار وقال البندنيجي والقاضي أبو الطيب إنه لا
يقبل قوله في الأجل قولا واحدا كما لو قامت بينة بعشرة دراهم فقال إلا درهم
وعلى ما قاله القفال نظر أن يجري في المسألة عند الكلام فيما إذا شهد عليه بحد
الله تعالى فأقر ثم رجع عنه انتهى وقلت قبل وقوفي على كلامه إن ما ذكره الدبيلي
والقفال يلتفت على ما سلف من أنه إذا قامت عليه بينة بالزنا أو غيره ثم أقر
فهل يستند الحكم إلى البينة أو إلى الإقرار أو إليهما فيه أوجه فكلام الدبيلي يخرج
على الأول واختاره الماوردي وربما أفهمه كلام الرافعي وعلى الثاني يخرج كلام
القفال والله أعلم سابعها في دعوى الأمة الاستيلاد أو التدبير أو تعليق
العتق بصفة طريقان أصحهما القطع بالسماع وعليها اقتصر المصنف في كتاب التدبير
وفي زوائد الروضة أنها المذهب والثانية أن فيها الخلاف في دعوى الدين المؤجل
لأن المقصود منها العتق في المستقبل والاستيلاد أولاها بالسماع لتنجز آثاره من
امتناع البيع والهبة والرهن وغيرها قال الإمام هناك ولا خلاف في سماع الدعوى
بالاستيلاد عند العرض على البيع وقبول شهادة الحسبة فيه والخلاف في سماع دعوى
التدبير وتعليق العتق بالصفة مفرع على أنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول فإن
جوزناه فإنكار السيد رجوع مبطل مقصود الدعوى كذا قاله الرافعي والإمام أبداه
احتمالا لنفسه وعبارة البسيط ودعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق بصفة
مسموعة وقيل على وجهين وهذا في الاستيلاد في غاية الفساد فإنه يقتضي في الحال
منعا من البيع والرهن وفي التدبير إن جوزنا الرجوع فيتجه أن يجعل الإنكار رجوعا

يبطل الدعوى فليتنبه لهذه الدقيقة انتهى **فصل** يشتمل على فروع مبدده
مفيدة نختم بها الباب **فرع** قال شرح الروياني انه لو ادعى عليه مالا فقال
لا شيء له علي في هذا اليوم وحلف على ذلك فله تحليفه غدا وبعد غد وانه لو قال
لا يلزمني هذا المال الا في شهر كذا احلف على ذلك ثم لا مطالبة عليه ما لم يدخل ذلك
الشهر وانه لو ادعى عليه دينا موجلا فحلف انه لا شيء عليه فوجهان قال جدي المذهب
انه يحنث الا ان يحلف انه لا شيء له عليه يلزمه تو فيره عليه فلا يحنث الان يحلف
انه لا شيء له عليه يلزمه توفيره عليه فلا يحنث انتهى وكان هذا فيما اذا نواه لا انه
صرح به اذ لا يسمع القاضي ذلك منه فيما احسب فان صح هذا افاد جواز توريه المحق
عند تحليف القاضي كما سنذكره **فرع** ذكر شرح الروياني انه لو ادعى عينا
فانية في موضع واستحقاق بيوتها فيه مثل بنا او غراس فلا بد ان يذكر في دعواه
المدعي من بنا او غراس ويذكر استحقاق ثبوت ذلك ومقدار الثابت ولا بد من
ذكر الموضع الذي يدعي فيه حقا بما يثبت به عن غيره وان ادعى بنا وغراسا وكان
فانيا ولم يكن له اقرار في ذلك الموضع فيجوز ان يذكر البنا والغراس وان لم يذكر عدده
ولا تبيينه وقيل لا بد من ذكر القيمة وانه لو ادعى حقا لا ينحصر مثل مسيل الما على
سطح جاره من داره او ممره في دار غيره مجتازا فلا بد من تحديد احدى الدارين
ان كانتا متصلتين فيدعي ان له دارا في موضع كذا ويذكر الحد الذي ينتهي الى دار
خصمه ثم يقول وانا استحق اجرا الما من سطح داري هذه على سطح دار فلان المذكورة في
حدها الاول او الثاني مثلا الى الطريق الفلانية وان كانت الداران منفردتين
فلا بد من ذكر حدود الدارين ○ وان كانت الدعوى في ساباط فلا بد من تحديد
احدى الدارين ان قابلت كل واحدة منهما الاخرى وان ادعى انه يستحق وضع خشب
ساباط منها الى دار فلا بد ان يذكران الارتفاع كذا ذراعا في طول كذا ذراعا ويذكر
عدد الخشبات **فرع** في فتاوى القفال انه لو اقر بان الدار التي بيد فلان
ملكه منذ عشرين سنة ثم جا يدعي انه اشتراها منه منذ عشرين سنة قال القفال
لا تسمع دعواه ولا بينته وانه لو ادعى شيئا في يد غيره ولا يدعي الاصل فيجب ان يقول
في دعواه صحن في ارض كذا وهي كذا ذراع او خرج وبين الطول والعرض **قلت**

ان اريد بها طول الشجر وعرضها فقريب وان اريد به الارض فكان الوجه
ان يقال ويذكر حدود الموضع وايضا فظاهره الاكتفا في المعلوم بالوصف دون
ذكر القيمة وانه لو ادعى علو بيت رجل قال قال الشافعي لا بد ان يذكر حدود
ذلك البيت السفلاني لان العلو لا يكون الا بالاسفل وعلى هذا لو كان فوق
ذلك العلو علو لرجل آخر فلا بد ان يحد جهات الاعلى اعني سطحه الاعلى والاسفل
اعني سطحه الذي هو ارضه والجواب الاربع **فرع** في فتاوى القفال انه
لو ادعى انه اشترى منه هذه الدار بالف درهم وانه نقده الثمن ويلزمه التسليم
فانكر البيع والقبض فاقام بينة انه باعها منه الا انا نسينا الثمن سمع القاضي
هذه الشهادة فاذا عدلوا حكم بانه باعها منه ثم يقول للمدعي كيف تدعي انك فتقول
اشتريت هذه الدار منه بالف درهم ونقدتها ويلزمه تسليمها الي فحينئذ يقول الحاكم
للمدعى عليه احلف بانك لم تبعها منه بالف درهم ولا باقل منه ولا يرضى في هذه الحالة
بان يحلف لم ابعها منه لان ذلك ثبت بالبينة فلا يقبل انكاره نفس البيع فان نكل
عن اليمين حلف المدعي واخذها وان حلف ذلك قيل للمدعي هل تزيد في الثمن فان
قال اشتريتها منه بالف وخمسماية ونقدتها اليه ويلزمه تسليمها الي فيقول لم ابعه
ولا يلزمني تسليمها اليه فلا يحلف على انه لم يبعها منه بل يحلف على انه لم يبعها منه بالف
وخمسماية وقال الشيخ القفال في دفعة اخرى في هذه المسلة اذا قامت البينة بانه
باعها منه ولكنا نسينا الثمن فحكمه حكم ما لو اعترف له بالبيع بعد ان ادعى عليه وانه
باعه اياها بالف درهم ونقده الثمن وطلب التسليم فاجاب بان قد بعته الا اني قد نسيت
الثمن فيقال له ولم تدعي فان قال الف درهم قيل قد قبضتها فيحلف انه لم يقبضها
ويقضى له بها على المشتري ولو ادعى اكثر من ذلك فصل بين فان لم يبين ولم يدع
شيا قيل الان يحكم عليك بالنكول ونرد اليمين على المدعي واذا رددناها حلف لقد
اشترى منه او قد نقده الثمن ويستحق الدار وهذا الجواب احسن اذا ثبت هذا
فلو اشتراها منه ولم يوف الثمن وانكر البايع البيع احتاج المدعي ان يقول اشتريت
منه دارا في محلة كذا وكذا وحدودها كذا وكذا ويلزمه تسليمها لي اذا اخذ الثمن و
اعطيه الثمن فان قال اشتريت منه دارا في محلة كذا وحدودها كذا يلزمه تسليمها

الا لم تصح الدعوى لانه ما لم يوف الثمن لا يلزمه تسليمها اليه **قلت** وهذا
اذا لم يدع ما حصل الثمن وعجب قوله في الجواب الاول احلف انك لم تبعها منه بالف
ولا باقل منه ولعل النسخة مختلفة ورايت في روضة الحكام انه لو اقام بينة انه اشترى
دارا من فلان بيده ولم يذكر الثمن ادعى بعض اصحابنا الاتفاق على ان هذه الشهادة لا
تسمع وذكر الاصطخري فقال لا تقبل ولكن لو شهدا انهما عرفا الثمن في وقت تبايعهما
الا انهما لم تذكراه في وقت الشهادة قبلت البينة وقال بعض اصحابنا تثبت الشراء
لان الدعوى على اثبات الشراء والبائع لا يطلب الثمن ولو ذكر الشاهدان الثمن لا يلزم
اخذه من المشتري ودفعه الى البائع لانه لا يدعيه انتهى ورايت الدبيلي قال انه لو
ادعى انه اشترى منه داره فانكر فشهد اثنان انه اشتراها منه بثمن جزاف حلال ودفع
الثمن صح الشراء وصارت الدار له وسواء كان الثمن نقدا او متاعا وان قالا بثمن
جزاف ولم يذكرا الحلال لم يصح البيع اي لم يحكم بصحته قال لان الثمن قد يكون حراما
كخمر او كلب ونحوهما فلا يزال ملك البائع عنه الا بيقين وان قالا بثمن جزاف حلال
ولم يذكرا التوفير على البائع فقد وقع البيع ويبقى اتيان بالثمن ومقداره فيقال للمشتري
كم كان الثمن فيقول مائة فالقول قوله مع يمينه وتسلم الدار منه وينتظر طلب البائع الثمن
فحينئذ يحلف المشتري ويقوم ما يقول كما لو شهدوا انه اتلف عليه متاعا لا يعلم مقداره
فالقول قول الغارم مع يمينه ويلزمه ذلك المقدار وان قالا بثمن معلوم المقدار
حلال ولم يذكرا التوفير وقالا لا نسي مقداره فهكذا القول [illegible] المشتري مع يمينه
وان قال احد الشاهدين كان الثمن مائة ونسي الاخر حلف مع شاهده ووفر المائة
انتهى وفي الفرع غرايب تدرك بالتامل **فرع** قال مجيبا للدعوى برئت اليه
مما يدعي قال جماعة من العراقيين يكون مقرا به ومدعيا للبراءة كقوله قضيته وعزاه في
الاشراف الى عامة اصحابنا وفي البحر انه قال برئت اليه من هذا المال عن صاحب التلخيص
انه قال مذهب الشافعي انه يسال عنه فان قال قضيته كان اقرارا وان قال برئت
اليه بان حلفت له او اقمت بينة على اقراره ببطلان دعواه فالقول قول المدعى عليه
مع يمينه فلم يجعل قوله برئت اليه من هذا المال اقرارا به وفي الاشراف ان صاحب
التلخيص قال مذهب الشافعي ان هذا ليس باقرار الا ان ينويه وهذا بخلاف قوله ابرأني

من هذا المال فانه اقرار به على الاصح قال في البحر قال القاضي الطبري ويمكن
ان يفرق بان قوله ابراني يقتضي ثبوت المال قبل ابرايه لان ما يبرا منه
بابرايه هو المال الثابت واما قوله برئت اليه او عندي براءة من هذا المال
فيحتمل ان يكون قد حلف له على انكاره او غير ذلك فيرجع في تفسيره اليه انتهى
وقال شريح الروياني اذا قال في جواب الدعوى برئت اليك فذلك اقرار منه
باصل الحق ويلزمه اثبات البراءة وقال ابن ابي احمد يعني صاحب التلخيص مذهب
الشافعي انه ليس باقرار الا اذا قصد الاقرار لاحتمال ان يقيم البينة على
المدعي ببطلان دعواه **قلت** وهذا ارجح وبه اجاب الدبيلي والعرف
يعضده فيقال انا برئ الى الله من كذا وبرئت الى الله من كذا اي لم يقع مني ويبرئ
منه قوله تعالى فبرأه الله مما قالوا **فرع** في فتاوى القفال طلق امرأته ونكحت
غيره فجاء المطلق وادعى ان نكاحها في عدته لا تسمع هذه الدعوى ما لم يقل ابي اريد
ان اقيم البينة على ان تطليقي اياها كان في وقت كذا ولا يحتمل انقضاء العدة
من ذلك الزمان وكذا لو ادعى الف درهم على رجل اي غايب او مجنون او محجور عليه لسفه
لا يسمع قوله وانا اريد اقيم البينة وكذا لو ادعى على صبي مالا لم يسمع الحاكم دعواه ما لم
يرد اقامة البينة لان المدعى عليه لا يحلف في هذه المسايل بمجرد الدعوى فلم يكن للدعوى
دون البينة فايدة وانه لو ماتت امرأة عن زوج واوصت في امر مالها الى رجل وادعى
انه ابن عمها لا يسمع [illegible] عليهما لان الدعوى انما تسمع على من لو اقر بذلك الشيء
نفع اقراره وهنا لو اقر الزوج والوصي انه ابن عمها لم يقبل ولم ينفذ
اقرارها **قلت** لكن قد يقال يواخذ الزوج في نصيبه بقضية اقراره وان لم
يثبت النسب به فتامله **فرع** ادعى شريكان حقا على رجل فانكر يحلف لكل
واحد يمينا فان رضوا بيمين واحدة فوجهان قال في زوايد الروضة اصحهما المنع
وصححه غيره وقد اطلق الشيخان وغيرهما المسالة وفي كتاب اللعان من الحاوي ان
الاصطخري قال استحلف اسماعيل بن اسحاق القاضي المالكي المذهب رجلا في حق
لرجلين يمينا واحدة فاجمع فقهاء زماننا على انه خطا قال الداركي فسالت ابا اسحاق
المروزي عن ذلك فقال ان كانا قد ادعيا ذلك الحق من جهة واحدة مثل ان ادعيا

دارا ورثاها او مال شركة بينهما حلف لها يمينا واحدة وان كان الحق من جهتين
حلف لكل واحد على الانفراد قال الماوردي وقول ابي اسحق اصح انتهى والظاهر
ان تفصيل ابي اسحق محل وفاق وتقييد الفرع حيث ذكراه ومحل الخلاف مشكل
ولعله فيما اذا ادعى كل واحد بدعوى حصته من المشترك بينهما بتجارة ونحوها **فرع**
المتبادر من كلام الرافعي وغيره انه لو ادعى عليه انه اقرضه كذا فقال اقرضته
ولم اقبضه ان القول قول المقرض وسبق في الاقرار عن الحاوي انه لو قال
اقرضني الفا ثم قال لم اقبضه صدق بيمينه خلافا لابي حنيفة وصاحبيه وتبعه الشاشي
وابن ابي عصرون وظاهر كلامه انه لا فرق بين ان يقول لم اقبضه متصلا او منفصلا
لكن في الشامل انه لو قال اودعني الفا فلم اقبضه او اقرضني او اعطاني فلم اقبض
قبل قوله اذا كان منفصلا وكذلك اذا قال نقد لي الفا فلم اقبضها انتهى وذكر
شريح في روضته عن جده ابي العباس الروياني انه ان كان من اهل المعرفة يحمل
على القبض عملا بموجب اللفظ وان لم يكن من اهلها لم يحمل عليه انتهى فيحصل ثلاثة
اوجه وهذه المسئلة مما تعم البلوى بها فلهذا اعدتها قال شريح ولو قال بعتني سلعة
بكذا فلم اتسلمها فاوجه احدها انه مقر بالشري والثاني لا والثالث يفصل
بين العالم والجاهل **قلت** ويجيء وجه رابع فارق بين الاتصال والانفصال
قال ولو بعتك كذا فلم تشتر فقيل على الوجه وقيل يحكم عليه بالبيع قولا واحدا وقيل
يحكم عليه بالبيع قولا واحدا لانه اقر ثم رجع انتهى واحسب هذا الخلاف جميعه راجعا الى
الخلاف في تعقيب الاقرار بما يرفعه **قال فصل** اصر المدعى عليه على السكوت
عن جواب الدعوى اي للتحيير التام جعل كمنكر ناكل لان جواب المدعى عليه اقرار
او انكار فاذا سكت واصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل عن اليمين كما يأتي بيانه
فترد اليمين على المدعي اما لو سكت لعي وحصر ودهش فان اصر بعد ذلك فناكل وفي الكلام
في الاقرار وصيغه تقدم في بابه وقوله لي عن دعواك مخرج ليس باقرار لاحتمال الخروج
بالانكار وقوله لفلان علي اكثر مما لك ليس باقرار لواحد منهما قال الهروي لو قال لك
علي اكثر مما ادعيت لاحتمال ان يريد لك من الحق عندي ما يستحق له اكثر مما ادعيت ولو
قال لفلان علي اكثر مما ادعيت فهو اقرار لفلان الا انه يقبل تفسيره بما دونه

في القدر ولو قال الحق احق ان يؤدى فليس باقرار والمعنى حيث يكون فاما
انا فبري كذا عبارة الروضة وعبارة اصلها الحق حق او مؤدى والكل صحيح
ولو قال لا اقر ولا انكر فوجهان تقدما وفي فتاوى البغوي هنا ادعى عليه الفا
فقال قد صالحت منها على خمسمائة ووهبت مني خمسمائة ولي بينة فعجز عنها فانه قال
لا يكون هذا اللفظ اقرارا منه لانه لم يقر انه يلزمه وقد يصالح على الانكار وكذلك
لو اقام البينة على وفق قوله لا يحكم بالباقي انتهى وفيه نظر لمن تأمل وسنذكر في آخر
الفصل ان شاء الله تعالى فروعا مفيدة من الاقرار بعد الدعوى **تنبيهات**
امساك الاخرس المفهم عن الاشارة المفهمة للجواب كسكوت الناطق ومن لا يفهم
لا تصح الدعوى عليه كالمجنون واما الاصم الذي لا يسمع اصلا فان كان بصيرا
يفهم الاشارة البينة فكالاخرس المفهم والا فكمن لا يفهم وان كان اعمى فكالطفل
نعم لو كان البصير او الاخرس الذي لا يفهم كاتبا فيشبه ان يقال كتابته دعوى
وجوابا كعبارة الناطق وقال ابن الرفعة اثر قول التنبيه وان سكت المدعى عليه
اي ولا صمم به ولا خرس قال له الحاكم ان اجبت عن دعواه والا جعلتك ناكلا اسمعها له
على الحكم ثم قال الامام واذا سكت ولم يجب المدعي قال له اجب فلست بابكم ولا اصم
فان تمادى على سكوته جعل ذلك انكارا في حكم اليمين ثم تعرض اليمين ويجعل التمادي
على السكوت نكولا عن اليمين اذا لم يظهر عنده سبب سكت وهذا معنى قول الغزالي
اما السكوت فيفرق من الانكار اما الاصم والاخرس اذا كانت له اشارة مفهومة
فهو كالناطق وان لم تكن قال في الحاوي هو كالغائب فيجري عليه حكم الغائب انتهى وسياتي
في هذا زيادات ان شاء الله عند الكلام في النكول **قال** فان ادعى عليه عشرة
فقال لا يلزمني العشرة لم يكف حتى يقول ولا بعضها وكذا يحلف فان حلف على نفي العشرة
واقتصر عليه فناكل ويحلف المدعي على استحقاق دون عشرة بجزء وياخذه ش اذا ادعى
عليه عشرة دراهم او دنانير مثلا فقال لا يلزمني لكن ذلك جوابا تاما وانما الجواب التام
ان يضيف اليه ولا شيء منها او ولا بعضها وهكذا يحلف ان حلف لان مدعي العشرة مدع
لكل جزء منها فلابد ان يطابق الانكار واليمين دعواه قال الرافعي وعن القاضي
الحسين انه لا يكلف في الانكار ان يقول ولا شيء منها وانما يكلف ذلك في اليمين

قلت وسعه على ذلك النغوي وعدم مقال الامام بعد نقله عنه ذلك وما ذكره
في التحليف مستقيم وما ذكره اولا من الاكتفاء بانكاره عشرة وهم عظيم ثم اذا حلفه
القاضي انه لا يلزمه العشرة ولا شي منها فحلف على نفي العشرة مقتصرا عليه لم يلزمه
العشرة بتمامها وهو ناكل عما دونها فللمدعي ان يحلف على استحقاق ما دون العشرة
بحوان قل لحه وياخذ قال الامام فان قيل من يلزمه دينار فقوله لا يلزمني العشرة
سديد ومن يلزمه تسعة فقوله لا يلزمني العشرة سديد فلم جعلتموه ناكلا عن عشرة
الا اقل قليل قلنا لانه امتنع عن الحلف عن كل ما دون العشرة انتهى ٥ ولو نكل
المدعى عليه عن مطلق اليمين واراد المدعي ان يحلف على بعض العشرة قال في التهذيب
ان عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها فللمدعي ان يحلف على بعضها
وان عرض عليه اليمين على العشرة وحدها لم يكن له الحلف على البعض بل يستانف
الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه وذكره في تعليقه عن القاضي الحسين ونقله عنه
فيما جمعه من فتاويه بزيادات فقال اذا ادعى عليه عشرة فقال لا يلزمني تسليم العشرة
اليك ورد اليمين بعد نكوله فللمدعي ان يحلف على العشرة لا على ما دونها لانه انما نكل
عن العشرة وانا كل عن العشرة لا يكون ناكلا عن التسعة هذا اذا لم يبلغ القاضي في تحليفه
ولا شي منها فان كان قد بلغه تحيينه المدعي بالخيار بين الحلف على العشرة وعلى ما دونها
وقال في كره وذكر ما تقدم وانه لو ادعى عليه الفا فعرضت اليمين فنكل وردها على المدعي
فقال المدعي انا احلف على خمسمائة نظر ان قال له الحاكم في الانتهاء قل بالله لا يلزمني الالف
اليه فنكل ورد اليمين على المدعي فقال المدعي انا احلف على خمسمائة فللمدعى عليه ان يقول
انا احلف على خمسمائة فللمدعى عليه ان يقول انا احلف على خمسمائة لانه انما نكل عن الالف
اما لو قال له الحاكم قل بالله لا يلزمني تسليم الالف ولا شي منه اليه فنكل ورد اليمين
عليه فقال انا احلف على خمسمائة فله ذلك وليس للمدعى عليه ان يعود ويقول انا احلف على
خمسمائة لان النكول قد وجد منه في الالف وما دونه جميعا وانه لو ادعى عليه
عشرة فاجاب لا يلزمني جميع ما يدعيه قال هذا اقرار مجمل فيحبس حتى يبين اقراره
فان لم يبين كان انكارا فان لم يحلف حلف المدعي واستحق ما يدعيه انتهى وفي كونه مقرا
بمجمل وفقه لانه اقرار من طريق اللزوم والقاضي منع في موضع ان يكون ذلك اقرارا

فرع

فرع في فتاوى القاضي ادعى عليه عشرة دنانير فانكر ونكل عن اليمين
فردت على المدعي فقال انا لا ادعي عشرة بل دينارا قال ينبغي ان يستانف الدعوى
وتعرض اليمين ثانيا على المدعى عليه لان بقوله لا ادعي عشرة ترك الدعوى الاولى انتهى
فرع قال الرافعي وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى فذلك اذا لم
يفسد الدعوى اما عقدا اما اذا استند كما اذا قالت المراة نكحتني بخمسين وطالبته
به ونكل الزوج فلا يمكنها الحلف على انه نكحها ببعض الخمسين لانه يناقض ما ادعته
اولا فان استانفت وادعت عليه ببعض الذي جرى النكاح عليه فيما زعمت وجب ان
يجوز لها الحلف عليه وقال في شرحه الصغير فلها ان تحلف عليه قلت وذكر الامام
المسألة عن القاضي والمتن فيها وذكر فيها تحقيقات يطول ذكرها ولو ادعى ان الدار
التي في يده هذا ملكي يلزمه تسليمها الي فالمدعى عليه اذا انكر يحلف انها ليست ملكا له
ولا شي منها وانه لا يلزمه ولا تسليم شي منها ولو ادعى انه باعها منه فيكفيه ان يحلف
انه لم يبعها منه على القياس الذي يمهد في الفصل فرع قال في التهذيب لو ادعى
عليه الفا فقال لا احلف واعطي المال لا يجب على المدعي قبوله من غير اقرار وله تحليفه
لانه لا يامن ان يدعي عليه ما دفعه اليه بعد هذا وكذلك لو نكل عن اليمين واراد المدعي
ان يحلف يمين الرد فقال المدعى عليه حتى ابذل المال بلا يمين له ان يحلف ويقول له الحاكم
اما ان تقر بالحق او يحلف المدعي بعد نكولك انتهى وكذا قال ابرهيم المروذي وغيره
وقال القاضي الحسين في التعليق لو شرع المدعي في اليمين فقال المدعى عليه لا تحلفه
فانا ادفع المدعى به اليه فله ان يكمل اليمين حتى ياخذ على جهة الاستحقاق لا على وجه التبرع
انتهى فافاد انه لو صرح بالتبرع لم يقنع منه به وهو ظاهر قال ابرهيم المروذي فلو قال المدعى
عليه لا تحلفه فان لي بينة على الاستيفاء ثم عجب لم يلتفت اليه بل يحلفه وياخذ المال منه
ويقول له هذا اقرار منك فسلم الحق اليه فاذا ظفرت ببينتك اقمها واسترد المال منه انتهى
فرع ذكر شريح في باب رحمه سابق تفريق الدعوى والايمان انه لو ادعى عشرة
فانكرها فاراد تحليفه على خمسة منها فوجهان وجه المنع ان الدعوى ساولت الجميع وتفريقها
يؤدي الى التماديب وتكثير الفساد والثاني له ذلك لان الجميع حقه فعلى الاول لو قال باع على
فلان اموال ولكن ادعي عليه الآن بخمسه واحلفه عليها الآن فله ذلك وكذا لو قال لا اقيم

ولا ادعي غير ما

البينه على خمسه واحلفه على خمسه وكذا لو ادعى عليه دينا وبعد في ذلك المجلس
او غيره دينا ولا يلزمه ان يجمع الدعاوي وحكي جدي عن بعض اصحابنا ان للمدعى
عليه ان يقول للحاكم سله هل له على دعوى غير ما يدعيه الآن فان قال اريد سفرا
ولا امن ان يدعي دعاوي في حال حياتي او بعد مماتي فينبغي ان يامر القاضي بجميع
دعاويه ليجيب عنها انتهى وهذا شيء ابداه الامام او نحوه وقوله فعلى الاول هو ابه
فعلى الثاني فيما احسب ولعله حصل خلل في النسخة واختلط بسببه تفريع الاول
بالثاني قال واذا ادعى مالا مضافا الى سبب كاقرضتك كذا كفاه في الجواب
لا يستحق علي شيا او لا يستحق تسلم الشقص وحلف على حسب جوابه هذا فان اجاب
بنفي السبب المذكور حلف عليه وقيل له حلف بالنفي المطلق ○ اذا ادعى مالا واسنده
الى جهة بان قال اقرضتك كذا وطالبه بدله او قال غصبت عبدي وتلف عندك فعليك
كذا ضمانا او قال بعت ثوبي فعليك كذا ارشا او اشتريت منك كذا واقبضتك ثمنه
او اشتريت مني كذا فعليك ثمنه وطالبه بالمدعى فليس على المدعى عليه ان يتعرض في الجواب
لتلك الجهة بل يكفيه ان يقول لا يستحق علي شيا او لا يلزمني تسليم شيء اليك وكذا
يكفيه في جواب طالب الشفعة لا شفعة لك عندي ولا يلزمني تسليم هذا الشقص
اليك كما اشار اليه المصنف وذلك لانه قد يكون صادقا فيما ادعاه مما ذكرناه وعرض
ما يسقط الحق من اداء او ابراء او هبة ولو نفى الاقراض وما في معناه كان كاذبا ولو
اعترف طولب باقامة البينة على ما يزعم عروضه وقد لا يجد بينته فما مست الحاجة قبول
الجواب المطلق وعلى هذا اذا قالت المراة طلقني فقال انت زوجتي كفاه هذا الجواب
هذا هو المشهور وحكى الامام في باب الامتناع من اليمين ان ابا الاصطخري قال يجب على
المدعى عليه ان يجيب عن عين ما يذكره المدعي والمشهور المنصوص الاول ○ واذا
اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق وآل الامر الى تحليفه حلف على ما اجاب ولا يكلف
التعرض لنفي الجهة المدعاة لما سبق ولو حلف على نفيها بعد الجواب المطلق جاز قاله
البغوي ○ ولو تعرض في الجواب لنفي الجهة المدعاة فقال ما اقرضني ما بعت منك
ثوبه فالجواب صحيح ايضا ثم ان حلف على وفق الجواب فذاك وان اراد ان يحلف على انه
لا يلزمني شيء فهل يمكن كما لو اجاب ابتدا كذلك او لا لتطابق الانكار فيه وجهان اصحهما

وبكل

29

وحكي عن النص المنع وادعى ابن ابي الدم ان الاول اصح ودعته كلام شرح الروياني
انه المذهب حيث جزم به ثم قال وقال بعض اصحابنا يحلف على حسب الجواب بنفي البيع
او الطلاق او الغصب فيلزمه ان يحلف ما باع ولا طلق لانه لو لم يكنه ذلك لما
اجاب به وان اجاب انه ليس بينهما بيع قائم او يحرم بالطلاق او لا يلزم رده عليه
بحكم الغصب حلف على حسب الجواب وكذا الخلاف اذا ادعى عليه انه حفر حفرة في
ارضه اضر بذلك ارضه هل يحلف على نفي قيمة ما افسد في ارضه او على نفي ذلك الفعل
انتهى فرع ذكر ابو عاصم العبادي انه لو ادعى عليه وديعة فقال لا
يلزمني تسليم شيء اليه لم يكن جوابا لان المودع لا دفع عليه انما يلزمه التخلية
والجواب الصحيح ان ينكر اصل الايداع او يقول هلك في يدي او رددته قال الرافعي
وهذا يخالف كلام الاصحاب الائمة يقولون من جحد الوديعة فقامت بينة بالايداع
فادعى تلفا او ردا قبل جحوده نظر ان كانت صيغة جحده انكار اصل الوديعة لم قال لا
يلزمني تسليم شيء اليك فاما ان يفيد خلاف او يؤول ما اطلقوه قال في الروضة
قلت الذي قاله ابن القاص صحيح وتاويل كلامهم متعين وصوابهم ارادوا اذا جرا
منه هذا اللفظ محله كذا لان القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب
والله اعلم وقول ابن القاص سبق قلم وقال الزنجاني في مختصر الشرح ما ذكره العبادي
ظاهر لا سيما اذا كان المودع فقيها وما ذكر الرافعي من الاطلاق يحتمل التاويل
قليلا قال انتهى وهذا احسن ويحتمل ان يرجع فيه الى اجتهاد القاضي في كونه جوابا مقنعا
ام لا وقد يختلف ذلك باختلاف الخصوم فقها وعامية وبقاء الوديعة وتلفها دائما
قال ولو كان بيده مرهون او مكري وادعاه مالكه كفاه لا يلزمني تسليمه
فلو اعترف بالملك وادعى الرهن والاجارة فالصحيح انه لا يقبل الا ببينة فان عجز
عنها وخاف اولا ان اعترف بالملك جحده الرهن والاجارة فحيلته ان يقول ان ادعيت
ملكا مطلقا فلا يلزمني تسليم وان ادعيت مرهونا فاذكره لاجيب ○ اذا كان بيده
مرهون او مستاجر فادعاه مالكه او من في حكمه كفاه ان يقول لا يلزمني تسليمه ولا يجب
التعرض للملك فان اقام المدعي بينة على الملك قال القاضي الحسين لزمه تسليمه اليه
للشهادة له بالملك واعترض عليه الامام والغزالي بانه قد يصدق الشهود ولا

عن التسليم لاجارة او رهن ولو انه اعترف بالملك وادعى رهنا او اجارة فمن
المصدق وجهان فان صدقنا ذا اليد فذاك او المالك وهو المذهب فمدعي الرهن
والاجارة يحتاج الى بينة فان لم يكن وخاف جحوده لو اعترف له بالملك فما حيلته
فيه وجهان قال القفال وصاحبه الفوراني طريقه ان يفصل الجواب فيقول
ان ادعيت ملكا مطلقا فلا يلزمني التسليم كذا عبر الرافعي وعبارة الفوراني
فليس لك عندي شيء وان ادعيت مرهونا عندي فحتى اجيب وقال القاضي الحسين
ان الجواب لا يسمع مع التردد ولكن حيلته ان يجحد ملكه ان جحد صاحبه الدين والرهن
قال الرافعي وعلى عكسه لو ادعى المرتهن الدين وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف
بالدين فعلى الوجه الاول يفصل ان ادعيت الفا عندك بها كذا رهنا فحتى اجيب وان
ادعيت الفا مطلقا فلا يلزمني وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود فلمن
عليه الدين ان يجحد ويجعل هذا بذاك ويشترط التساوي ونظم الوجيز يقتضي ترجيح
الوجه الاول وهو ما اورده الفوراني وذكر ان للمدعى عليه ان يفصل الجواب ابدا
ولا يكون ذلك اقرارا بشيء كما اذا ادعى عليه الفا فقال ان ادعيت عن ثمن كذا فحتى
اجيب وان ادعيت عن جهة اخرى فلا يلزمني هذا ما يلمح في هذا الموضع ووراءه
كلامان **احدهما** ان سمع الكلام المردد لزمنا ان نقنع منه بذلك ونحوج المدعي
الى تعيين احد القسمين وحينئذ فاما ان نحوجه الى بينة تنص على تلك الجهة
او يكتفى ببينة مطلقة ان اكتفينا بها لم ينتفع المدعى عليه بالتفصيل واحواج المدعي
الى تعيين احد القسمين وان احوجناه الى بينة معينة تضرر المدعي به لانه قد يشهد على
البينة على اقرار الخصم بالف مطلق ولا يمكنهم تعيين الجهة وكما اكتفينا بالجواب المطلق
من المدعى عليه كيلا يلزمه ما ليس بلازم لو عين الجهة وعجز عن البينة الدافعة وجب
ان يكتفى باطلاق المدعي ولا يحوج الى تعيين الجهة كيلا يفوت عليه طلب ثابت للعجز
عن البينة المعينة ○ **والثاني** ان الوجه الثاني على ما اشار اليه والوجيز
ماخوذ من مسئلة الظفر بغير الجنس قلت وبه صرح الامام وحينئذ فالجحود بناء
على جعل شيء في مقابلة شيء كانه مقصود فيما اذا عرف المرتهن في الصورة الاولى بجحود
الراهن الرهن والدين قبل ان ادعى الراهن عليه ان له في يده كذا او عرف الراهن

في الصورة الثانية جحود المرتهن كون العبد في يده قبل ان يدعي العبد عليه
فاما اذا لم يعرف الجحود من قبل فربما لا يجحد صاحبه لو اقر فكيف يجوز له الانكار
بالوهم وكيف يجعل شيئا بشيء ولم يعرف جحود الخصم وتعذر تحصيل الحق منه انتهى
كلامه رحمه الله **وهنا اشياء منها** حكى ابن ابي الدم الصورة الثانية عن القفال
والفوراني ثم قال قال الشيخ ابو علي قال بعض شيوخنا ليس للمدعى عليه ان يتحكم
على القاضي بهذا السؤال ولا يجب على المدعي جوابه والحيلة في ان لا يضيع رهنه ان ينظر
في قيمته ان بلغت قدر الدين اي ينكر المدعى عليه ويحلف انه لا يلزمه تسليم شيء اليه
ولا اثم به وكذا ان كانت قيمته اكثر من الدين فيحلف ثم يدعي الزيادة عليه وان كان
اقل فينكر من الدين بقدر قيمته ولا يحلف على الزيادة وقال القاضي الحسين انا لا
اسمع هذا الجواب المردد لكن له انكار الدين ان انكر المدعي الرهن قال الامام هذا
بناء على مسئلة الظفر بغير الجنس انتهى **ومنها** قال ابن ابي الدم بعد ذكره
قول القاضي الحسين انه يجب التسليم الى المدعي للشهادة له بالملك واستشكال الامام
انه لاحتمال كونها في يده برهن او اجارة وعندي ان ما ذكره القاضي صحيح لا يمكن فرض
خلاف فيه في المذهب وقاعدة المذهب تقتضيه وليس كمسئلة الاجارة يعني قوله ان
هذا ملتفت على ما لو صرح الداخل بانها في يده باجارة والخلاف فيها والاشكال
المذكور ضعيف جدا لان بينة الخارج موجبة لتقدمه شرعا على بينة الداخل
بمجردها وكون العين في يده لا يعارض مجردها بينة الخارج اجماعا وامكان كونها
مستاجرة منه او مرهونة عنده لا ينافي بينة الخارج اذا سكت ذو اليد عن دعوى ذلك
بلا خلاف ايضا نعم لو ادعى ان العين بيده بالاجارة صدق على وجه بدعواه اما عند سكوته
فلا اعرف فيه خلافا والمنبه في نقد ذلك ما سقناه ومنه في التتمة وما قاله صحيح
ومنها قال واما مذهب القفال والفوراني في الجواب المردد فهو مذهب
ضعيف فان حق الجواب ان يكون جازما كما تكون الدعوى جازمة وليس كما لو
قال هذا غصب مني عينا قيمتها درهم اطلب منه ردها بعينها ان كانت قائمة او تسليم
قيمتها ان كانت هلكت فان هذه الدعوى مقبولة كذلك مع ان فيها نوع تردد لكن انما
قبلت كذلك لانه صرح فيها بما هو حكم الغصب بخلاف مسئلة النزاع انتهى **قلت**

ولم ينص الرافعي في الشرحين على ترجيح قول القفال بل قال ان نظم الوجيز
يقتضي ترجيحه وادرج الشيخ في اصل الروضة انه الاصح وبه قطع الفوراني وهذا
اختصار عجيب وليس في النهاية ولا البسيط والوسيط ترجيح مقالة القفال تصحيح
على ما دا شه وقد خالف فيها القاضي الحسين وغيره كما حكاه الشيخ ابو علي وحكى
شرح الدوياني ما نسبناه الى القفال في صورتي المرتهن والراهن الى الاصطخري ثم
قال وحكى جدي عن بعض اصحابنا انه لا بد من جواب مطلق وان ذكر الشرط امر بتسليم
المال لصاحبه انتهى **ومنها** لو اوصى له بمنفعة عين مدة وتسلمها بعد موت الموصي
ثم جاء الوارث يدعي العين فخاف ان يعترف له بها فيجحد الوصية ولا بينة له فيجيء
فيه ما تقدم فلو صدقه الوارث على الوصية له او قامت له بينة بالوصية ونسيا مقدار
المدة وتنازع الموصى له والوارث في مقدار المدة او في انقضائها بان اتفقا على مقدارها
فهذا موضع نظر ولا نقل عندي فيه ويشبه ان يكون القول قول الوارث في مقدارها
بيمينه وقول الموصى له في عدم انقضائها **فرع** سبق في باب القضاء على الغائب
انه لو تردد في بقاء المغصوب والمدفوع الى الدلال فلا بد في ابطاله بالعين او بالقيمة
وبينا ان اصح الوجهين في الروضة وغيرها ان له ان يدعي على الشك فيقول غصبت
مني كذا فان بقي فعليه رده او ثمنه او قيمته والثاني انه لا بد في الدعوى من طلب
جازم فيفرد لكل واحد من المطالب دعوى براسها وفي تعليق البغوي ان القضاة
اصطلحوا على انه يجوز ان يدعي محيلا فيقول اغتصب ثوب صفته كذا يلزمه تسليمه
الي او قيمته ان كان قد اتلفه او ثمنه ان كان قد باعه فان انكر حلف يمينا واحدة وقال
القاضي يعني الحسين يدعي ثلاث دعاوى ويحلف ثلاثة ايمان ولو ادعى حنطة
قال يلزمه تسليمه الي او تسليم مثله من قبيلي وعند القاضي رحمه الله يدعي العين اولا
ويحلفه ثم يدعي المثل ويحلفه ثانيا وان ادعى مسقوما حلفه ثانيا على القيمة ٥ ولو
دفع اليه من الصلح الرطب ليضرب له الابريسم وانكره ذلك فيقول دفعت اليه كذا منا
من الصلح الرطب وقد اعاد الي منه كذا منا فيلزمه رد باقيه ان كان قايما ومثله ان
اتلفه وان ضرب منه الابريسم فالحصل منه كذا يلزمه رد الابريسم الي وان تلف
الابريسم يلزمه رد مثل الابريسم من قبيلي الي هذا ما اصطلح عليه الحكام واما

عند القاضي فيدعي الصلح اولا ويحلفه فان حلف ادعى عليه الابريسم انه ضرب منه
كذا من الابريسم يلزمه تسليمه الي فان حلف انه لا يلزمه تسليمه ادعى انه اتلفه فيلزمه
تسليم مثله فيحلفه اربعة ايمان مع اربع دعاوى وذكر مسئلة الدلال وانه يحلفه على
قول الحكام يمينا واحدة وعلى قول القاضي اربعة ايمان مع اربع دعاوى انتهى وذكر
الامام في النهاية مسئلة الصلح ثم قال قال القاضي اصطلح القضاة على سماع هذه الدعوى
ومن اصحابنا من قال لا اسمع الدعوى مجملة ولكن ينبغي ان يفرد هذه الدعاوى ويحلف المدعي
عليه احادها قال الامام وهذا اجاد على القياس انتهى فعلى الاول اذا انكر الخصم
ولا بينة يحلف على نفي الجميع فانه نكل ردت اليمين على المدعي فيحلف على التردد
كما ادعى ام لا بد في الحلف من التعيين فيه وجهان وان قلنا تفرد كل مطلب بدعوى
فاذا ادعى ما يراه اقرب ونكل الخصم فنكوله يوكد ظن المدعي بكذبه فهل له ان يحلف
اليمين المردودة بذلك فيه وجهان اشبههما في الرافعي نعم وصححه الروضة
استدلالا بنكوله كما يستدل بخط ابيه واجري الوجهان فيما اذا انكر المودع التلف
وتاكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة **قلت** ونظيره ان غالب
ان غلب على ظنه ان يكون له كذا بامارة جاز له الحلف والا فلا كما سبق وبان في الاعتماد
على الخط اذ قد نعهد منه الصدق والورع او يحمل حاله فلا يستدل بنكوله على كذبه
بل لم يتردد على السواء والله اعلم **قال** واذا ادعى عليه عينا فقال ليس هي لي
او هي لرجل لا اعرفه او لابني الطفل اي ونحوه او وقف على الفقراء او مسجد كذا
اي ونحوها من الجهات العامة فالاصح انه لا ينصرف الخصومة ولا ينزع منه بل يحلفه المدعي
انه لا يلزمه التسليم ان لم تكن بينة اي للمدعي وان اقر به لمعين حاضر يمكن مخاصمته
وتحليفه سئل فان صدقه صارت الخصومة معه وان كذبه ترك في يد المقر وقيل
يسلم الى المدعي وقيل يحفظه الحاكم لظهور مالك وان اقر به لغايب فالاصح انصراف
الخصومة عنه ووقف الامر حتى يقدم الغايب فان كان للمدعي بينة قضى بها وهو قضاء
على غايب فيحلف معها وقيل على حاضر **الشرح** هذه مسئلة مهمة تدعو الحاجة
اليها قال الامام هذا الفصل عمدة الكتاب وكم فيه للفقهاء من اضطراب وذهاب وجيه
انتهى فنورد ما ذكره الرافعي رحمه الله فيها ثم نتبعه بما وقع لنا من كلام غيره مع تنبيهات

فاقول مستعينا بالله اذا ادّعى عقارا او منقولا في يد غيره فاجاب بانه ليس
في يده او نحو ذلك لم تتعلق به وانما ينقدح ذلك التفصيل في جوابه اذا اعترف بان يده
عليه او نصيفه الي مجهول كقوله هو لرجل لا اعرفه او لا اسميه او قد نسيت اسمه وعينه
ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال منه ثلاثة اوجه احدها عن ابن سريج انها
تنصرف لانها تبرا من المدّعى وينزع الحاكم المال من يده فان اقام المدّعي بينة على استحقاقه
فذاك والا حفظه الحاكم الي ان يظهر مالكه واصحها لا تنصرف ولا ينزع المال من يده
لان الظاهر ان ما في يده وما صدر عنه ليس بزيل ولم يظهر لغيره استحقاقا وعلي
هذا لو اقر بعد ذلك لمعيّن قبل وانصرفت الخصومة اليه والا فيقيم المدعي البيّنة
عليه او يحلفه وهل يمكن من ان يعود فيدّعيه لنفسه وجهان وثالثها انه يسلم للمدّعي
لانه لا مزاحم له في دعواه ولو قال في الجواب نصفه لي والنصف الآخر لا ادري لمن هو
فقرا لنصف الآخر الوجوه الثلاثة **قلت** ما قبل وراء ذلك **الحالة الثانية**
ان نصيفه الي معلوم ممتنع مخاصمته وتحليفه هو وقف على الفقراء او على مسجد كذا او ما
اشبه ذلك او هو وقف على ابني الطفل او نحوه او هو ملك له قال الغزالي والسرخسي
تنصرف الخصومة عنه ولا سبيل الي تحليف الولي ولا الطفل ولا يغني الا البيّنة
قال السرخسي واذا قضى القاضي بالبيّنة كتب صورة الحال في السجل ليكون الطفل
على حجته اذا بلغ وقال في التهذيب لو قال انه لابني الطفل او وقف عليه فلا تسقط
الدعوى بهذا فان اقام بيّنة اخذها والا حلف المدّعى عليه انه لا يلزمه تسليمها اليه
اذا كان هو قيم الطفل **قلت** لم يذكر في تحليفه هذا التحليف ولا رأيته في غيره
وفي النهاية ولو اقر لصبي او مجنون قبل اقراره ثم يخاصم المدّعي قيم الطفل واذا آل
الامر الي اليمين وقفت الخصومة الي بلوغ الطفل وهل يحلف ذو اليد لتلزمه قيمته
ما سأل ولو قال هذه الدار وقف على ولدي او على الفقراء فتحليفه لتغريمه القيمة
الخلاف **الحالة الثالثة** ان نصيفه الي من لا يمتنع مخاصمته وتحليفه بان اضافه
الي معيّن اهل للخصومة فهو اما حاضر او غايب عن البلد **القسم الاول**
الحاضر في البلد فيراجع فان صدّق المدّعى عليه انصرفت الخصومة عنه اليه وان كذبه
فثلاثة اوجه كما سبق في الاقرار فعلى وجه يترك في يده وفي وجه ينزع ويحفظ الي ان

بظهر

نظهر مالكه وفي وجه يسلم للمدّعي لانه لا منازع له وفي الشامل وجه انه يقال
للمدعى عليه من اقررت له كذبك فاما ان تدّعيه لنفسك فيكون الخصم او لمن يصدقك
فيكون هو الخصم فان امتنع جعلناك ناكلا وحلّفنا المدّعي قال الرافعي والاكثرون
على ترجيح الاول وهو ابقاؤه في يد المقر انتهى ورجح الغزالي والبغوي والمتولي
والعمراني وغيرهم الوجه الثاني واما الثالث قال الامام فباطل فان التسليم
اليه من غير بيّنة ولا اقرار ولا ظاهر محال **واعلم** ان كلام الرافعي
يقتضي ان ما نقله عن رواية الشامل وجها رابعا شاذا كما افهمه في الروضة وليس
كذلك بل هو الوجه الاول المنسوب الي الاكثرين وانما عبّر الامام والغزالي
وغيرهما بانه يبقى في يد ذي اليد وعبّر عنه آخرون بانه يبقى الخصومة معه وعبّر البندنيجي
وابن الصباغ وغيرهما عنه بما سبق عن الشامل وبهذا الوجه جزم الدارمي وصححه
القاضي الحسين وقال انه طريقة القفال ونسبه الامام في كتاب الاقرار الي الاكثرين
ونقل البغوي في تعليقه طريقة قاطعة وصححها وكل من حكى الاوجه الثلاثة عبّر عن
هذا الوجه باحدى العبارتين وهما متفقتان في المعنى فاعلم وحكي وجه رابع ساقط
ان المقر له يجبر على اخذه لثبوت الملك له بالاقرار ظاهرا فلا يسقط بالانكار وباني
وجه آخر انه لو كان المقر به عبدا فكذب المقر له المقر انه يحكم بعتقه قال الدارمي
واذا سمعت البيّنة عليه واخرجت من يده لم يكتب في القضاء وهو على حجته لانه
لا يدّعيها **القسم الثاني** ان نصيفه المدّعي الي غايب ففي انصراف الخصومة
عنه وجهان الجواب في التهذيب والرافعي وهو ظاهر نص المختصر **قلت** واليه
ذهب الشيخ ابو محمد والفوراني قال ابرهيم المروذي وبه اجاب المحررانها لا تنصرف
لان المال في يده والظاهر انه له فلا يمكن من صرف الخصومة عن نفسه بذلك اذ لا
يعجز كل من ادّعى عليه بشي ان يصرف الخصومة عنه باقراره لغايب لا يرجى ايابه ويخالف
ما لو اضاف الي صبي او مجنون اذ يمكن مخاصمة وليه واظهرها وهو جواب اكثرهم
انها تنصرف لان المال بظاهر اقراره لغيره بدليل ان الغايب لو عاد وصدقه اخذه
واذا كان المال لغيره وجب ان تكون الخصومة معه **قلت** وهذا ما عزاه الامام
الي العراقيين وانه القياس الذي لا يجوز خلافه خلافا لو الده والفوراني وفي الروضة

الحكام وان اقر لغائب واراد المدعي تحليف المقر فعلى قولين وقال بعض اصحابنا لا تسقط عنه الخصومة في العين قولا واحدا ويقال له احلف ان الشيء الذي في يدك لغيرك انتهى قال الرافعي متصلا بما سبق ثم عن ابي عاصم العبادي ان الوجهين فيما اذا قال انه لفلان وهو في يدي باجارة او اعارة او وديعة او غيرها فاما اذا اقتصر على انه ليس لي وانما هو لفلان ولم يذكر لنفسه جهة لم تنصرف الخصومة عنه بحال والجمهور لم يفرقوا بين الحالتين **التفريع** ان قلنا لا تنصرف الخصومة نظر فان لم يكن للمدعي بينة فله تحليف المدعى عليه انه لا يلزمه تسليمه اليه فان نكل حلف المدعي واخذ المال من يده ثم اذا عاد الغائب وصدق المقر رد المال عليه بلا حجة لان اليد له باقرار صاحب اليد والمدعي يستانف الخصومة معه قلت واذا اخذ المدعي العين بحلفه بعد نكول ذي اليد قال ابرهيم المروذي في كتاب القضية فقضينا له بالعين بعدما اقر صاحب اليد بها لفلان سوله وبين المدعي انتهى وذكر البغوي في تعليقه نحوه وان اقام المدعي بينة على الحاضر اخذ المال ايضا وهو قضاء على الحاضر المخاصم او على الغائب لان المال له بموجب الاقرار وجهان قال المستمر منهما على ما عليه التفريع وجزم في شرحه الصغير بانه الاظهر انه قضاء على الحاضر حتى لا احتاج المدعي مع البينة الى اليمين قلت قال في النهاية قطع شيخي ومن وافقه بان هذا قضاء على الحاضر وهو صاحب اليد وهذا مستقيم على طريقتهم ولم يحك الامام على هذه الطريقة سواه وهو الوجه على ما عليه التفريع وفي ثبوت الوجه الآخر وقفة قال الرافعي ويكتب القاضي في السجل انه قضى له بالبينة بعدما اقر المدعى عليه انه لفلان الغائب ليكون الغائب على حجته فاذا عاد واقام البينة قضى له لترجح جانبه باليد وان لم تقم اقر المال في يد المدعي فان التمس من القاضي ان يزيد في السجل ان الغائب قد قدم ولم يات ببينة اجابه اليه وان قلنا تنصرف الخصومة عنه فان لم يكن للمدعي بينة فيوقف الامر الى حضور الغائب وان كانت له بينة قضى له بها وهل هو قضاء على الغائب او على المخاصم ذكر العراقيون وغيرهم فيه وجهين احدهما انه قضاء على الغائب فيحتاج معه الى اليمين والثاني انه قضاء على الحاضر فلا حاجة الى اليمين وبه قال ابو اسحق ورجحه العراقيون والروياني لكن الاول اقوى والبغوي الوجه

المدعى عليه وبه اجاب في الوجيز واختاره الامام انتهى ورجحه في شرح الصغير قلت قال الامام وهو الذي يوافق مذهب العراقيين وليس لقولهم هذا قضاء على الحاضر وجه ومن فرق الادلة خرجات عن القياس في اطراف هذه المسألة انتهى وقال شريح في روضة الحكام وهل يحلف مع بينته وجهان قال ابو اسحق لا يحلف لانه قضاء على الحاضر لان الظاهر ان الدار لصاحب اليد وقال غيره يحلف لا نه في الحقيقة حكم على الغائب والاول اصح نص عليه فاذن هو المذهب لا كما ظنه الامام وقال ابرهيم المروذي في تعليقه وهل يكون هذا حكما على المقر له ام يكون حكما على المقر ينظر ان لم يدع لنفسه فيه حقا يكون حكما على المقر ولا يحلف المدعي مع بينته وما افادت بينة المدعي الا قطع الخصومة ويكتب في كتاب القضية ان المقر له بها على حجته اذا احضر فاذا احضر الغائب يجعل الشيء في يده وهل يحتاج المدعي الى اعادة البينة على وجهين وان ادعى لنفسه فيها حقا من رهن او اجارة فعلى وجهين اظهرهما لا يكون حكما على الغائب بل على المدعى عليه ولا يحلف المدعي مع بينته انتهى لكن يجوز ان يكون هذا من تفريع عدم انقطاع الخصومة قال المروذي وبه اجاب في المجرد فان عني مجرد ابي علي الطبري والا فلا ادري ما عني ثم قال شريح بعد حكايته عن النص انه لا يحلف فان حضر الغائب واقام البينة حكم بها وانتزعت الدار من يد المحكوم له في احد الوجهين وهذا الكلام مظلم ثم قال وقد قيل هل تبطل يد الغائب بتسليم الدار الى المحكوم له وجهان انتهى وقال الدارمي وان كان المقر له غائبا سمعت البينة عليه وقيل في السجل وهو على حجته اذا حضر وفي اليمين مع البينة ههنا وجهان احدهما يحلف للغائب والثاني لا يحلف لان الخصم صاحب اليد وانما ترد الدعوى بهذا فاذا حلف للغائب حلف انه ما باع ولا خرج عن ملكه وان ما شهدت به شهوده حق انتهى وقال الماوردي يحلف ان ما شهدت به شهوده لحق وانها لباقية على ملكه ويكون حلفه لصدق شهوده تبعا لحلفه سماعها على ملكه ولولا ذلك لما حلف لصدق الشهود لانه لا يلزم احلافه على صدقهم وانما حلف لجواز ان يدعي الغائب انتقالها اليه ببيع او هبة انتهى وسبق في باب القضاء على الغائب كلام في ذلك وان الرافعي وغيره جعلوا التعرض في اليمين لصدق الشهود وجها

غريبا وليس كذلك بل هو المنصوص في الام وجرى عليه الائمة كما سنذكره وانما دفع
الناس في المراد بالتعرض لصدقهم وقد قررنا انه يحلف على كل حال لو كان الخصم
حاضرا وطلب يمينه عليه اجيب نظرا للغائب وهو لو حضر وادعى عليه بكذب شهوده
اجيب على الاصح الى كلام الرافعي **عدنا** قال وهذا كله فيما اذا لم يقم المدعى
بينة على ان المال للغائب فان اقامها نظر فان ادعى انه وكيل من جهته واثبت الوكالة
سمعت بينة الملك للغائب ورجحت باليد على بينة المدعى وان لم يثبت الوكالة قال
الامام ففي سماع بينته ثلاثة اوجه احدها وبه قال الشيخ ابو محمد انها لا تسمع **قلت**
وبه جزم الدارمي لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فاقامة البينة فضول منه فعلى
هذا الحكم كما لو لم يقم بينة والثاني تسمع لدفع التهمة فيه بالاحالة بالاضافة الى
الغائب وبه افتى البغوي ونسبه الى الاصحاب **قلت** قال الامام وهو مختار
المحققين بسر هذا الفصل وخاصيته وتبعه في البسيط والثالث ان
اقتصرت البينة على انه لفلان الغائب لم تسمع وان تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى
عليه بعارية او غيرها من الجهات سمعت وهكذا نقل الوجوه في الوسيط اي وفي البسيط
والثالث اختاره القاضي الحسين اي واتباعه قال الامام وهذا الائق بتحقيق القياس
ويتجه في الوجيز سماعها على تحليف الغريم كما سيأتي فان قلنا لا يغرمه فلا يحلفه ولا
تسمع البينة والاقيس سماعها وجهان اظهرهما على ما ذكره المنع اذ ليس بمالك ولا
وكيل ووجه الثاني انه يستفيد صرف اليمين عن نفسه قال الامام والغزالي
واذا قلنا لا تسمع البينة المقامة على ان المال لفلان فلو ادعى لنفسه فيه حقا
لازما كالرهن والاجارة وتعرضت البينة لذلك ايضا ففي السماع وجهان لتعلق حقه به
واذا سمعنا بينته لصرف اليمين عنه فيحلف للمدعى ثم ان رجع الغائب واعاد البينة
قدمت ثم واذا سمعناها لعلقة الاجارة والرهن فتقدم هي او بينة المدعى
وجهان قال في الوسيط اظهرهما الثاني وصيرورته ببينته صرف اليمين عنه قال
الرافعي هذا ما ذكراه والذي فهمته من كلام الاصحاب وينبغي ان يفتى بموجبه ان
للمدعى وقد اضاف المدعى عليه المال الى الغائب خصومة معه واخرى مع الغائب فاذا
اقام البينة انصرفت الخصومة عنه لا محالة ولا يجري فيه الوجهان المذكوران فيما اذا اقتصر

على الاقرار للغائب وتسمع البينة التي يقيمها في حقه لصرف الخصومة عنه ولدفع
التهمة عنه ايضا ولدفع اليمين ايضا اذا قلنا للمدعى تحليفه اي بل يتعرف
الخصومة عنه بلا خلاف كما قاله في شرح الصغير وسواء قلنا انصراف الخصومة
عنه ان المدعى لو اقام البينة والحالة هذه فلا بد له من اليمين مع البينة والقضاء
قضاء على الغائب وجها واحدا واما بالاضافة الى ملك الغائب فهي غير مسموعة
حتى يحكم للغائب بالبينة التي يقيمها الحاضر على انه للغائب فان تعرض الشهود
مع ذلك لكونه في رهن الحاضر او في اجارته فوجهان عن ابي اسحق ان من الاصحاب
من قال يسمع هذه البينة للغائب الضالان الحاضر يدعي لنفسه حقا ونفع البينة
عليه فلا بد من اثباته ولا يثبت حقه الا بثبوت ملك الغائب وعلى هذا فيترجح
بينته على بينة المدعي لقوتها باليد والثاني انه لا يمكن من اثبات الملك
للغائب مقصودا ولا في ضمن اثبات الحق لنفسه وعلى هذا فالعمل ببينة المدعى
والناقلون رجحوا الوجه الثاني ولا باس بالاول وتوجيهه هذا كلام الرافعي
خلا ما سها عليه في اثنائه وفي تعليق البغوي ولو ان المدعى عليه اقام بينة ان هذا
ملك فلان الغائب لا تسمع لانه ليس بنائب عنه الا ان يقيم بينة على ان هذا ملك
فلان الغائب اجره او اعاره او قال اودعه او رهنه ثم حينئذ يثبت الملك
للغائب فللمدعى ان يدعي على الغائب والقاضي يقضي على الغائب ببينة المدعى انتهى
وبقي تنبيهات ومسائل **منها** اذا اضاف الملك الى المجهول كقوله هي
لرجل لا اعرفه او قد نسيت اسمه وعينه فعبارة الماوردي وغيره من العراقيين
انه يقال له اما ان تقر لمعروف او يجعلك ناكلا واصل المسألة ان الاقرار للمجهول
غير صحيح على المشهور ولعدم تعيين الطالب وقضيته ذلك انه لو اقر لمن هو في هذه
الدار ولم نعلم عينه انه يصح لانحصار المقر له وامكان معرفته كما لو اقر للحمل وقيل
يقال له اما ان تقر لمعروف او تدعيه لنفسك او يجعلك ناكلا لان الاقرار للمجهول
لما لم يصح صار كالعدم وهو لو لم يقر كان له ان يدعيه لنفسه او يقر به لغيره فان
لم يفعل كان ناكلا وعلى الوجه الاول لو ادعاه لنفسه لم يقبل لنفيه ملكه عن
نفسه باقراره بها لغيره وهذان الوجهان محكيان عن ابن سريج وهما جميعا متوافقان

على عدم انصراف الخصومة عنه **ومنها** في فتاوى البغوي انه لو اقام
المدعي بينة وعدلها فاقر ذو اليد بالدار الآخر قبل حكم الحاكم للمدعي فهل يحكم
أم لا بد من اعادة البينة في وجه المقر له قال ان علم القاضي انه متعنت في اقراره
حكم بتلك البينة ولا يجب الاعادة وان لم يعلم يعيد المدعي البينة على وجه المقر له
انتهى ولم يذكر اعادة الدعوى والظاهر انه يعيدها ايضا وهذه الصورة قد ترد
على اطلاق المصنف وغيره **ومنها** اذا حكمنا بانصراف الخصومة عنه اما باقراره
لحاضر او باقراره لغائب معين او لمجهول على احد الوجهين فهل للمدعي تحليفه
فيه قولان مبنيا على ما لو اقر له بعدما اقر لغيره هل يغرم القيمة فيه قولان سبقا
ان قلنا نعم وهو الاظهر حلفه فلعله يقر فيغرم له القيمة وان قلنا وقال جماعة
انه التحديد الاصح كما سبق فان قلنا النكول ورد اليمين كالاقرار فلا يحلفه لانه لو
اقر او نكل وحلف المدعي لم يستفد شيئا وان قلنا كالبينة فله التحليف لانه قد
ينكل فيحلف المدعي ويأخذ القيمة وكان العين تالفة وقيل انه يسترد العين
من المقر له وقد ينزله منزلة البينة وهو شاذ واذا اوجبنا القيمة واخذها
باقرار المدعى عليه ثانيا او بيمين المدعي بعد نكوله ثم سلمت العين اليه بالبينة او
بيمينه بعد نكول المقر له فعليه رد القيمة لانه انما اخذها للحيلولة وقد زالت هذا
ما اورده الرافعي وقال شيخ الروياني وعن ابن سريج انه اذا اقر لمجهول او صبي
او مجنون فهل يزول عنه اليمين قولان اذا قلنا لا يمين عليه اذا اقر لمعروف
انتهى **ومنها** لو قال المدعي هي وقف علي وقال ذو اليد هي وقف على قال
القاضي الحسين فلا خلاف انه ليس للمدعي طلب تحليفه لاجل الغرم لانه انما يحلف
على ما يدعي انه فوت عليه وههنا قيمة الدار لو اخذها لا يقوم مقام الوقف
لكن له ان يحلف كل انتهى ويدعي عليه اجرة ذلك قال ابن الرفعة وهذا ما اورده
في التهذيب وقال الرافعي وكان لا يبعد طلب القيمة لان الوقف مضمون عند
الاتلاف والحيلولة في الحال كالاتلاف انتهى والذي رأيته في التهذيب ونقله
الرافعي عنه انه اذا ادعى انها وقف عليه فقال ذو اليد هي ملك لفلان فصدقه
فلان انتقلت الخصومة اليه وليس للمدعي ان يدعي على المقر القيمة لانه يدعي الوقف

ولا اعتياض عن الوقف انتهى ورأيت في تعليقه هنا ما لفظه ولو قال المدعى
عليه هو وقف علي فان اقام المدعي البينة حكم له وان لم يقم بينة فان المدعى
عليه يحلف بانه لا يلزمه التسليم اليه فلو نكل عن اليمين يحلف وياخذ وكذلك لو كان
المدعي ادعى الوقف وقال انه وقف علي وقال المدعى عليه لا بل هو ملكي او قال كل واحد
منهما انه وقف علي فيكون حكمه ما ذكرنا ولو ان رجلا واحدا ادعى وقفا فقال
المدعى عليه هو ملك لابني او هو وقف على مسجد او قال هو ملك لفلان ان يدعي القيمة
في هذه المواضع كلها لانه اقر انه وقف ولا اعتياض عن الوقف الآن يدعي عليه
كلما مضى على ملك الملك انتهى وفي تعليق ابراهيم المروذي اذا مضى اسبوع ادعى
الاجرة عليه **ومنها** لو رجع الغائب وكذب المقر له فالحكم كما مر فيما اذا
كذبه الحاضر ولو اقام الحاضر او الغائب بعد رجوعه البينة على الملك وانتزع
العين لم يكن للمدعي تحليف المدعي ليغرمه قال الامام قولا واحدا وعبارة البسيط
بلا خلاف قال لانه لما سلم الملك للغائب بالبينة سقط اثر اقراره فكان كاقراره فيما
في يد الغير فيحال زوال الملك على البينة لا على الاقرار نعم اقراره رجح بينته من حيث
انه جعله صاحب اليد ولكن مع هذا فالحكم محال على البينة فليفهم هذه الدقيقة هذا
لفظه وعبارة النهاية ولا مبالاة بامضاء الاقرار له ما يرجح بينته اذا كانت الاحالة
على البينة **ومنها** قال ابن الرفعة جزم الاصحاب بعدم القضاء بالملك للغائب
في حالة اسناد اليد الى الوديعة وفيه نظر فان الامام حكى وجهين في ان المودع له حق
المخاصمة اذا غصبت الوديعة من يده فاذا اثبتناه فيظهر ان يقال ان الملك يثبت للغائب
في هذه الصورة كما لو كان ذو اليد وكيلا له فانه لا خلاف في الحكم للغائب بالملك ولا
تسلم الى المدعي كما صرح به الامام وغيره فاذا صح ذلك اشبه مسألة المستاجر والمرتهن
على الوديعة فان اثبتنا الملك للغائب بدعوى المودع فدعوى المستاجر والمرتهن اولى
والا ففيه الوجهان انتهى وسبق عن تعليق البغوي انه لو قال هذا ملك فلان الغائب
اجرته او اعرته او قال اودعنيه او رهننيه يثبت الملك للغائب انتهى مع جزمه بانه
اذا لم يدع شيئا لا تسمع بينته لانه ليس بنائب عنه وما ذكره ابن الرفعة من التخريج حسن
ومنها اذا قدمنا بينة المدعي عند اقامة ذي اليد بينة بملك الغائب قبل

H ٤٧٦

فما فائدة اقامة ذي اليد البينة بملك الغائب قال الاصحاب فائدتها عدم وجوب
اليمين على ذي اليد وانتفاء التهمة عنه وان الحكم هنا اذا وقع بالبينة كان قضاء
على غائب حتما حتى تتوجه اليمين على المدعي اذا طلب الحكم وعلى التحليف نص في الام
فيحلف ان ما شهد به شهوده حق وانه لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه كما قاله
في البحر وسبق انكارنا على من انكر هذا التحليف الثاني وهو ما اورده القضاة
الماوردي والحسين والروياني والدارمي وهو المنصوص وهو محمول على ما اراد
الماوردي من ان تحليفه لصدق شهوده يكون تبعا لحلفه على ملكه لا كاليمين
المضمونة الى الشاهد الواحد **فرع** قال ابن الرفعة ولو اقر لمجهول ولم
يكن ثم مدع مثل ان قال هذه العين غصب ولا اعرف غصبها ممن قال البندنيجي وغيره
في كتاب دعوى الدم فيقال له المالك لكن في الظاهر يتصرف فيها كيف شئت حتى يعرف
مالكها وقال الرافعي ثم ان في مثل هذا خلافا مشهورا اي وهو وجهان احدهما انه
لا حكم لاقراره والثاني يؤخذ منه ويحفظ وجميع ما ذكرناه بان فيما اذا قال ليست هي
لي مقتصرا عليه او قال هي لرجل لا اسميه لكن جريان الوجه بانتزاع العين من يده
والصورة السابقة كما قاله الامام اوجه من جريانه في هاتين الصورتين مع ان الصحيح
في الكل عدم الانتزاع لكن قد حكى القاضي الحسين فيما اذا قال انها ليست لي ولا لك
ولا اعرف لمن هي ولا يلزمني تسليمها اليك ثلاثة اوجه اصحها انها تنزع من يده والثاني
تسلم للمدعي وسكت عن الثالث ويظهر ان يقال له اما ان تدعيها لنفسك او تقر بها لمعروف
او نجعلك ناكلا انتهى واحسب الثالث انها تقر في يده ولم ينس ان كلام القاضي مخالف
لكلام الرافعي وغيره الا في الترجيح ووجه الانتزاع من يده ترجحه كثيرون والظاهر
انه لا فرق بين هذه الصورة عندهم وما مثلوا به وما ذكر عن البندنيجي وغيره فيجب وكيف
ان يقال له تصرف فيه مع اعترافه بانه مغصوب وانه لا حق له فيه والذي ذكره الرافعي
ثم انه ان لم يتبين المغصوب منه فهو مال ضائع وفي مثله خلاف مشهور والجواب في الشامل
انه لا ينتزع من يده انتهى **فرع** قال شريح الروياني ادعى عليه دارا
انها في يده فقال المدعى عليه ليست في يدي فاقام المدعي بينة وحكم الحاكم ثم بان ان الدار
لم تكن في يد المحكوم عليه حكى جدي عن بعض اصحابنا ان الحكم لا ينفذ لان الدعوى لم تكن

على خصم وعن بعضهم التوقف وعن الاصطخري انه كالحاكم على الغائب يجوز
عند من جوزه فعلى هذا اذا كان صاحب اليد غائبا نفذ فاذا عاد واقام
بينة سمعت دعواه وان كان حاضرا لم ينفذ على ظاهر المذهب انتهى وفي نفوذه اذا
كان ذو اليد غائبا نظر من حيث انه لم يجر تحليف للمقضي له ولعل الاصطخري ممن لا
يرى اشتراط التحليف في الحكم على الغائب **قال** وما قبل اقرار عبده كعقوبة
فالدعوى عليه وعليه الجواب اي والجواب مطلوب منه قطعا وكذلك كالقصاص
وحد القذف وتضمن قوله كعقوبة التعزير لحق آدمي واما حد الله تعالى فلا
دعوى فيها وبيان ما سبق فيها كلام **قال** وما لا اي وما لا يقبل فيه كالارش
اي وضمان الاموال فعلى السيد اي فتتوجه الدعوى فيه على السيد فان الرقبة
التي يتعلق الارش والاموال بها حقه فان وجهت على العبد قال الرافعي فمفهوم ما نقل
الائمة طريقان احدهما وهو ما اورده الغزالي والامام المنع لان اقراره بها غير
مقبول نعم هل للمدعي تحليفه يبنى على ان الارش المتعلق بالرقبة هل يتعلق بالذمة
ايضا فيه قولان ان قلنا يتعلق فله طلبه ولا الزام في الحال وانما هو يتبع
من بعد فيكون كالدين المؤجل اي بل هو اضعف كما قاله في شرح الصغير وسبق عن
الامام توسعه عليه فان سمعناها فله تحليف العبد فان نكل وحلف المدعي يمين الرد
فلا يتعلق له بالرقبة لانها وان جعلت كالبينة فذاك في حق المتداعيين فقط ولا رقبة
للسيد وفيه وجه انه يتعلق بالرقبة اذا جعلت كالبينة والثاني وهو المذكور في التهذيب
في باب مداينة العبيد ان الدعوى على العبد مسموعة ان كان للمدعي بينة والا فان
جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة سمعت ايضا فلعله نكل فيحلف المدعي وان جعلت
كالاقرار فلا تسمع قال الرافعي وفي كل واحد من الطريقين ما يشكل الا ان قال والمتوجه
ان يقال تسمع الدعوى عليه لاثبات الارش في ذمته تفريعا على الاصح المذكورين ولا
تسمع الدعوى والبينة عليه لتعلقه بالرقبة انتهى اي لاجل تعلقه بالرقبة ولم يتضح
ما ذكره وهو اولى بالمنع من المعبر الحقه الا ان يكون قد خرج الجواز السماع لغرض
التسجيل وفي روضة شريح ان الدعوى بالجناية المالية انما تتوجه على السيد
وقيل تتوجه على العبد فان اقر وانكر المولى طولب به بعد العتق انتهى وتكلمنا في كتاب

الاقرار والجنايات على اقرار العبد مما يتعين مراجعته لما تضمنه من الفوائد
المتعلقة بهذه المسئلة ٥ وفي فتاوي القاضي الحسين انه لو ادعى نكاح مكاتبة
وصححناه فالدعوى تكون عليها وعلى السيد جميعا لانه لا بد من اجتماعهما على
التزويج فلو اقرا لسيد وانكرت حلفت فان نكلت وحلف المدعي حكم بالزوجية
ولو اقرت وانكر السيد حلف السيد فان نكل حلف المدعي وحكم له بالنكاح انتهى ويجي
مثل هذا في المبعضة **تنبيهات** يخرج من كلام المصنف ان الدعوى على
المأذون له في التجارة فيما يتعلق بها تكون عليه وكذلك الجواب وكذا على المكاتب فيما
يصح اقراره به وقال الدارمي في كتاب القسامة اذا ادعى عليه بما يوجب قودا قبل اقراره
وان لم يقدر فيه وبين المدعي وان كان يوجب المال فوجهان احدهما يقبل اقراره
فان جحد فيه وبين الخصم والثاني لا يقبل فيكون الخصومة بين سيده والمدعي واما
المبعض فان اقر بدين جناية لم يقبل فيما يختص بسيده الا انه يصدقه ويقبل في نصفه
الحر وعليه قضاؤه مما يختص به ولو اقر بدين معاملة فمتى صححنا تصرفه صح اقراره
وقضاه من ماله ومتى لم يصححه كان كاقرار العبد وهل يبنى الدعوى والجواب على
ذلك الظاهر البناء على صحة التصرف وعدمه واطلق شريح الروياني القول بسماع
الدعوى بالمال عليه مأذونا كان او غير مأذون فان نكل حلف المدعي الى بشرطه ثم
ان لم يكن مأذونا اخذ منه بعد العتق وهو جواب منه في غير المأذون على احد الوجهين
ونختم الفصل بفوائد فرع في الاستحقاق اشترى شيئا فادعاه
آخر فصدقه المشتري لم يرجع على بائعه بالثمن اذ اقراره لا يلزم البائع غرما وان
استحلف فنكل وحلف المدعي واخذ المال قال الماوردي وابو علي السنجي لم يرجع بالثمن
ايضا لحصول التقصير وحلف المدعي بعد نكوله كاقراره قال الرافعي ويجوز ان يفرض
فيه خلاف بناء على انه كالبينة قلت لكن بعدها الى ان البناء على ذلك وجه شاذ
على ان شريحا قد حكاه فقال قال بعض اصحابنا ان قلنا النكول ورد اليمين يرجع وقال
بعضهم لا يرجع قولا واحدا لانه برد اليمين صار كالمتبرع ثم رايته في الروضة انكر ذلك
على الرافعي فقال قلت هذا ضعيف او باطل لانه انما يكون كالبينة في حق المتنازعين
دون غيرهما ولهذا نقل الشيخ ابو علي تحرير المذهب الاتفاق عليه والله اعلم انتهى

والخلاف في التعدية محقق مشهود ذكره هو وغيره ولكنه ضعيف قال
شريح الروياني فان اقام المشتري بينة ان البائع اقر ان المبيع كان للمدعي رجع
عليه بالثمن وان لم تقم بينة لم يكن له استحلاف البائع ما هو للمدعي وقيل له ذلك
قال حدي وفيه نظر انتهى والاشبه ان له تحليفه اذا اخذ منه باقراره لانه قد
يطلقه للبائع ثم تبين له انه للمدعي وان البائع غاصب ونحوه ولو اعترف له بذلك
لرجع عليه او يقال انه قال انما اقررت له به لاني اطلعت من بعد انك غاصب مثلا
وانك احدث اليمين مني بغير حق وطلب يمينه على ذلك انه يحلف له على الاصح كما في
نظائره وفي الاشراف ولو اقر المشتري للمدعي بالملك ثم اراد اقامة البينة انه
للمدعي ليرجع على بائعه بالثمن لم يمكن قال ويجوز له تحليف البائع لانه ربما يقر
فيرجع وهذا اما رجحناه انفا قال فان نكل فهل يحلف المشتري يمين الرد ان قلنا
اليمين والنكول كالاقرار فنعم او كالبينة فلا انتهى وان اثبت المدعي استحقاقه
المال بالبينة واخذه نظر ان لم يصرح المشتري في منازعته له بانه كان ملكا
للبائع ولا بانه ملك لي بل سكت فاقيمت البينة عليه رجع لا محالة وان صرح بذلك
فوجهان احدهما المنع لان المدعي ظالم بزعمه واصحهما الرجوع مهما قال ذلك على رسم
الخصومة او اعتمد ظاهر اليد ثم تبين خلاف ذلك الظاهر بالبينة وقال الامام
في كتاب الضمان ان معظم الائمة حكوا الوفاق فيه واجروا الوجهين فيما اذا قال
في الابتداء اشتري هذا العبد مثلا فانه ملكك ثم ثبت استحقاقه بالبينة ولا يجريان فيما
اذا كان الموجود مجرد الشراء وان كان اقرارا للبائع بالملك وفرقوا بانه اقرار تضمنه
الشراء فيبطل ببطلان المبايعة بخلاف الاقرار المستقل **فرع** قال
الرافعي من اشترى عبدا في الظاهر فقال اتاجره الاصل فقد حرا انه مصدق وان
على المشتري البينة على رقه او على اقراره بالرق له او لبائعه فاذا حلف حكم في
الظاهر بحريته ثم اطلق ابن الحداد انه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن وفصل
اكثرهم فقالوا ان لم يصرح في منازعته انه رقيق فيرجع كما لو اقام بينة على الحرية لانه
لم يوجد منه ما يبطل الرجوع وان صرح بذلك ففي الوجهين وفرق بينه وبين البينة بعدم
البينة انتهى وقال ابن الرفعة ان ما اطلقه ابن الحداد هو ما اورده القاضي يعني ابا الطيب

في شرح الفروع والقاضي الحسين قبيل باب الاقرار للوارث لانه كان
من حقه حال ما اشتراه ان يساله هل انت عبد ام لا فقد فرط في ذلك ثم حمل عن الاكثرين
ما مر ثم عن الشيخ ابي علي القطع بذلك وانه فرق بينه وبين ما لو قامت البينة بالحرية
لقوة البينة وبين مسئلتنا وبين شراء ثياب الاعيان بان ثم المتاع مملوك قطعا
وهنا دلالة اليد عليه بخلاف الرقيق قال ابن الرفعة ولو ثبت حرية العبد
بيمينه فظاهره ان يقال لا يرجع وانما قلنا يرجع في الحالة الثالثة فيا سا على ما مر
في صدر المسئلة انتهى ٥ وفي فتاوى البغوي لو اشترى عبدا فادعى انه حر
الاصل صدق بيمينه فان اقام بينة لم تسمع لان حجته اليمين ولو اقامها على انه من ابويه
ثبت حريته والمشتري يرجع على بايعه بالثمن والبايع يرجع بالثمن ايضا على بايعه
وله الرجوع عليه قبل ان يغرم هو للمشتري شيا لانه ثبت بالبينة كونه حرا حتى لو
ترك المشتري حقه ولم يسترد الثمن من بايعه فللبايع الرجوع على بايعه بثمنه ولو
ادعى البايع بعد الحكم بحرية العبد انه كان قد اقر على نفسه بالرق فلم يصح الحكم بحريته
لم تسمع دعواه لان معروف النسب اذا اقر على نفسه بالرق لا يقبل وقد قامت البينة
على نسبه وحريته اصلية فلا تسمع البينة باقراره بالرق ولا له ان يحلف المشتري
على ذلك ولا يبطل حق البايع من الرجوع بالثمن بدعواه ان العبد كان قد اقر بالرق
كمن اشترى شيا فخرج مستحقا رجع بثمنه وان كان انكر ملك المستحق ويقر بالملك للبايع
لان انكاره رد عليه بالبينة انتهى ذكر انه راي بعض منقولا انه لو اشترى عبدا
ثم قال للبايع هذا المبيع حر او وقف او ملك زيد فالقول قول البايع ويحكم على المشتري
بعتقه او وقفه او تسليمه الى زيد ولا رجوع له بالثمن فان اقام البينة عليه تسمع
لان له غرضا وهو استرجاع الثمن فان لم يكن بينة فله تحليف البايع فان نكل حلف واسترد
الثمن وقالوا لو ادعى عليه دارا فقال هي لفلان الغايب لا يصدق وان اقام البينة
انها لفلان الغايب تسمع قلت سبق في سماعها ثلاثة اوجه مبينة ٥
ولو ادعى المبيع انه حر الاصل واعترف به المشتري ثم اراد المشتري اقامة
البينة على انه حر الاصل يمكن لان الحرية حق الله تعالى ولكل احد اثباتها واذا ثبتت الحرية
ثبت الرجوع ولا يكفي للرجوع اقامة البينة على مطلق الحرية لاحتمال ان المشتري هو الذي

اعتقه

نقلا ونعجيا

اعتقه هكذا ساقه الرافعي وعمدة وفيه نظر فان اقامة المشتري البينة
بحرية المبيع بعد اعترافه بها غير محتاج اليه لسوتها واخشى ان يكون مراد العبادي
غير ما ذكره فان عبارته على ما رايته في الاشراف وان ادعت الجارية على المشتري
بانها حرة الاصل فاقر اولا انكر وحلف وحضر البايع وانكر وحلف فاراد المشتري
اقامة البينة على انها حرة الاصل فان البينة مقبولة لان الحرية من حقوق الله
تعالى فجاز ان يكون المشتري خصما فيها انتهى فيجوز ان يكون مراده ما اذا احتيج
في ثبوت الحرية الى اقامة البينة بها لا كما تقدم ٥ ولو اقام المشتري بعد اقراره
للمدعي بالملك البينة على اقرار البايع بان المال للمدعي فهي مقبولة ويثبت بها حق
الرجوع لانه لما بين اقرار البايع من قبل الى اقرار المشتري كذا قاله العبادي
وتبعه شريح وقال الهروي هو الظاهر وغيره محتمل لان اقراره في الابتدا اقتضى
قال الرافعي ولو اقام مدعي الاستحقاق البينة واخذ المال ثم قامت بينة على ان
البايع كان قد اشتراه من هذا المدعي سمعت ورد الحكم الاول وكانت الجارية للمشتري
بالمبايعة المسابقة انتهى وفي فتاوى القاضي الحسين ان المشتري من المستحق اذا استحق
الملك في يده ولم يطالب بايعه هل له ان يطالب البايع الاول الاصح المنع وشبه ذلك بمن
مات وعليه دين فادعى وارثه دينا له على غيره وانكر المدعى عليه وانكر الوارث هل
يحلف الغريم فرع في فتاوى البغوي لو ادعى البايع على المشتري بانك
كنت قد اقررت انك تقيم بينة على دفع المدعي فلم تفعل فلا رجوع لك علي واراد يمينه
لم تسمع دعواه وليس له تحليفه لانه لا يلزمه اقامة البينة على دفعه ولو اراد المشتري
الرجوع على البايع فانكر البيع وقبض الثمن فاقام المشتري بينة على البيع ولم يشهدوا
بقبض الثمن او شهدوا بقبضه الثمن ولم يبينوا قدره لا يقبل ولو بينوا قدر
الثمن وقالوا كان من نقد السنة الفلانية لسنة ماضية ولا يعرف نقد تلك السنة
فهل تسمع البينة ثم يرجع الى اهل المعرفة بتاريخ ذلك النقد قال البغوي لا تسمع
للجهالة قال ولو ان المشتري الاخير من بعد بيته قامت بحريته فسبق ان له الرجوع
على بايعه ولذا بيعه على بايعه فلو ان بايعه اقر بحريته لا يسقط رجوعه بهذا الاقرار
لانه قامت البينة بالحرية فلا ينقطع رجوعه باقرار ولا حكم لاقرار في اسقاط حق

الرجوع انتهى **فرع** اشترى عينا ثم مضت سنون ثم ادعاها مدع
وانتزعها بالبينة من المشتري من غير بيان سبب الملك كان للمشتري الرجوع
على بائعه بالثمن قاله الاصحاب قال القاضي الحسين وهو مشكل لان شهادة البينة
لا تتضمن اسناد ملك المدعي كما قالوا الى زمان توصف بان يسار اليه بل لا يقتضي
الا ملك الحال وتقديره في التقدم فكيف يملك المشتري الرجوع على البائع مع امكان
ثبوت المنتزع العين ملكا من هذا المشتري وهذا ضمنه الغزالي قوله وعجب ان يترك
في يده نتاج حصل قبل البينة وبعد الشرى ثم هو يرجع على البائع ثم قال القاضي ويحتمل
ان يقال لا يرجع المشتري على البائع والحالة ما وصفنا بناء على ذلك الا ان يسند
البينة الاستحقاق الى حالة العقد فاذا ذاك تثبت ان البيع صادف مستحقا قال
الامام وما ذكره القاضي لا ذاهب له من طريق القياس لكنه قال اجمع الاصحاب من عندهم
على خلاف ما ذكرته قال ابن الرفعة وقد ابديته في تعليقه والممكن في توجيه ما ذكره
الاصحاب ان نقل البينة الشاهدة للمدعي بالملك لا ينظر بها الا الصدق والاصل
عدم نقل الملك من المشتري مع انه لا يمكنه ان يثبت عدم تصرف نفسه فاكتفينا في حقه
بعدم تحقق النقل من جهته وان كان محتملا لاجل التوقف بالعهدة كما ان الشرع
صحح ضمان العهدة خارجا عن القياس لاجل ذلك واذا لوحظ ما ذكرناه لم يكن بصدق
الشهود محتمل الا اسناد الاستحقاق الى ما تقدم فلهذا ثبت الرجوع وزاد الاصحاب
عليه فقالوا لو وهب المشتري العين المشتراة او باعها فاقام مدع على من هي في يده البينة
بانها ملكه رجع المشتري الاول على بائعه قال الامام وهذا لا اشكال فيه بعد تقرير الاصل
المذكور انتهى وهكذا لو انتقلت الى مشتر ثالث ورابع وخامس وهكذا وينبغي ان
يستفسر القاضي الشهود المطلقين لا سيما الاعتاد فانهم وان ظن صدقهم لكنهم
قد يأتون من جهة الجهل وسبقات معظم شهادات العوام جهل وغرر يحوج الحاكم
الى الاستفسار وهو حق **فرع** قال شريح اذا اشترى عبدا من رجل ثم ادعى
انه كان لابيه يوم الشرى ثم مات وورثه واقام عليه بينة حكى جدي عن بعض اصحابنا
انها تقبل منه ولا يكون الشرى منه اقرارا له بالملك ولهذا يرجع بالدرك عند الاستحقاق
ولو كان اقرارا للبائع بالملك ان لا يثبت الرجوع لان المستحق يكون قد ظلمه وعن بعضهم
لزم

انها

انها لا تقبل لان شراه كالاقرار له بانه يملكه كما لو صرح بانه له ولو كان
الاب حيا فاقام بينة انه له وحكم الحاكم له فرجع المشتري على بائعه بالثمن ثم
مات الاب فورثه الابن لم يكن للبائع اخذه منه انتهى **فرع** ادعى
عليه عينا او دينا ولم يحلفه وطلب منه كفيلا ليأتي بالبينة لم يلزمه ذلك وان
اعتاد القضاة خلافه هذا هو المشهور قال الرافعي ورأيت بعض المتأخرين اثبات
الامر فيه الى رأي الحاكم وان اقام شاهدين وطلب الكفيل الى ان يعدلا طولب به
لانه اتى بما عليه والنظر في حال الشهود من وظيفة الحاكم والظاهر العدالة فان
امتنع من اعطاء كفيل حبس لهذا الامتناع لا لثبوت الحق والامتناع منه هكذا
اطلق الامام والغزالي لكن يجري فيه الخلاف من وجوه احدها انه في اصل كفالة
البدن قولا مشهورا انها لا تصح والثاني ان في فتاوى القفال انه لا يلزمه ان يعطي
كفيلا لان الحق لم يثبت بعد لكن للحاكم ان يطالبه به اذا ادى اجتهاده اليه وخاف
منه الهرب والثالث انا ذكرنا في الشهادات ان العين تنتزع وان المدعى عليه
يحبس على الدين على احد الوجهين وكل من الانتزاع والحبس مغن عن الكفيل
فان طلب المدعي الكفيل دون الانتزاع والحبس فيجوز ان لا يجاب ايضا لما
على المكفول بدنه من تحمل منة الكفيل انتهى **قلت** وقد لا يحد من
يسعفه بالكفالة ويشبه ان يقال ان كان مأمونا لا يخشى هربه ولا افساد العين
او تصييعها حيلة ان لا يطالب بكفيل ولا يحبس لانه عقوبة من غير تحقق جناية
وان خشي منه شيء من ذلك قال له الحاكم اما ان تسلم العين للحفظ او تأتي بكفيل
ببدنك او بوكيل الى تعديلها بينة او نحبسك فان اجاب الى واحدة منها قنع
منه بذلك وان عاند فعل الحاكم ما يراه الاصلح من التوكيل والحبس او انتزاع العين
منه وتعديلها ثم بعد ان سطرت ما ذكرته رأيت ابن ابي الدم قال اذا انكر المدعى عليه
فلم يطلب المدعي حلفه بل قال لي بينة اقيمها واريد منه كفيلا في الحال قال الامام
لا يلزمه بالاتفاق ولكن جرى رسم القضاة به وعندنا فيه تفصيل حسن لعل
رسم القضاة منزل عليه وهو ان المدعى ان كان دينا والمطلوب غريبا مجهولا يظهر
عليه امارات التغيب وعدم حفظ المروءة فللمدعي طلب كفيل والحالة هذه

وهكذا ان كان المدعى به عينا يمكن نقلها والخصم حاله ما ذكرناه فاما ان
كان المدعى عقارا فليس له طلب كفيل اصلا كيف كان فان الخوف انما هو
عنه وامّا اقامة البينة ان غاب ممكن وان كان المدعى به دينا او منقولا يمكن
نقله واخفاؤه ولكن كان المدعى عليه قاطنا بالبلد او مشهورا بالورع او ظاهر
الحال بعد التغيب منه فلا سبيل الى تكليفه اقامة كفيل في مقابلة دعوى
مجردة انتهى وما ذكر في العقار ظاهر وان ضعفاه وفي روضة شريح واذا اقام
شاهدا واحدا عدلا فنص الشافعي انه يؤخذ بكفيل ان طالبه المدعي وحكى
عن بعض اصحابنا انه لا يؤخذ به حتى يثبت الحق عليه ولذا ان سأله ان يلازمه الى
ان يأتي بشاهد آخر لم يأمر بذلك لان التلازم حبس فلا علم به حتى يثبت الحق
الا مفرد او ما يمكن الحاكم الفصل بينهما لان ذلك لا بد منه قال واذا ادعى سلعة في يد
زيد فقد قيل يؤمر بان يعطيه كفيلا بنفسه وبتلك السلعة فان لم يعطه امر
القاضي ان يلزمه ويلزم ذلك الشيء حتى يأخذ منه كفيلا بذلك وبنفسه وقيل
لا يلزم حتى يثبت الحق وعلى هذا اي الطريق هل يحبس اذا اقام شاهدا واحدا
قولان انتهى والرافعي ذكر المسئلة في الشهادات وحاصله انه اذا اقام البينة
ثم طلب الحيلولة بين العين وبينه في مدة التزكية نسبته اجيب ان كانت مما يخشى هلاكه و
ان كان عقارا فكذا على الصحيح وقيل لا يجاب لانه مأمون الضياع وقيل لا ينتزع
العين اصلا وان كان المدعى دينا لم يستوف قبل التزكية وهل يستوثق ويوقف
والظاهر الاول ولو طلب المدعي من القاضي الحجر عليه فوجهان رواهما الامام ونقل
عن الاكثرين المنع لان الحجر في غير المشهود به عظيم وعن القاضي الحسين ان ان
كان يتوهم فيه الحيلة حجر عليه كيلا يضيع ماله بالتصرف والاقرار ذكر عامة
النقلة عن الحجر حكوا وجهين في الحبس اذا كان المدعى دينا قال البغوي اصحهما
انه يحبس لان المدعي اتى بما عليه وثانيهما المنع وعليه للمدعي ملازمته الى ان يعطيه
كفيلا واجرى من بعد القاضي معهما للتكفل على المدعى وان كان المدعى قصاصًا
او حدّ قذف حبس لان الحق يتعلق ببدنه فيحتاط له ولا يحبس في حد لله
تعالى **قلت** ويشبه ان يجري في اجرة المبعوث ما سبق في اجرة العون في احضار

العين

العين من النظر الماسّ بالاجرة قال وفي دعوى النكاح يعزل المرأة
عند امرأة ثقة وتمنع من الانتشار والخروج وفيه وجه ضعيف وعليه ان يطالبها
بكفيل وجهان قال الهروي فان كانت تحت زوج لم يمنع الزوج منها قبل التعديل
لانه ليس مدعى عليه وليس البضع في يده فلا معنى لانفاع الحجر عليه قبل التعديل
قلت فيه وقفة لا سيما اذا انضم الى البينة قرينة الفساد والريبة ولو
شهدا ان العبد يعتقه فطلب العبد الحيلولة قبل التزكية اجيب فيحول القاضي بينه
وبين سيده ويؤخره وينفق عليه فان تصل وقف حتى يبين الحال فان لم يكن له كسب
انفق عليه من بيت المال ثم يرجع على سيده ان بان جرح الشهود واستمر الرق وكذلك
يوجر الاعيان المنتزعة وهل يتوقف الحيلولة على طلب العبد وجهان الذي اورده الامام
رد ذلك في العبد الى رأي القاضي وفي الامة تحتم الحيلولة احتياطا للبضع **قلت**
ويشبه ان يفصل في العبد فيقال ان كان لا يجهل ذلك توقف على طلبه
وان كان يجهله لغباوة او اعجمية لم يتوقف واما اجارة الاعيان المنتزعة فينبغي ان
يوجر افضح تقع يستاجر تلك العين لها وفي اجارة العقار ودار الزراعة نظر عند
توقع التزكية عن قرب قال وكذا لو ادعت المرأة الطلاق واقامت شاهدين يفرق
الحاكم بينهما قبل التزكية والوجهان في ان طلب العبد هل يشترط للحيلولة جاريان
في انتزاع العين المدعاة ويقرب منها وجهان رواهما ابن كج في ان اجارة
العبد هل تفتقر الى طلب السيد او العبد او يوجر القاضي وان لم يطلب واحد
منهما والثاني اقرب الى ظاهر النص **قلت** ويجب الجزم به اذا كان السيد ممن لا
يعبر عن نفسه لصبي او جنون او سفه او كان ولكنه محجور عليه لفلس وكذا
ولكنه محجور عليه لفلس وكذا يقال في انتزاع العين المدعاة واجارتها بخلاف ما اذا
كان المدعى مطلق التصرف والله اعلم ⊙ هذا كله اذا كملت البينة فلو اقام شاهدًا
عدلا وطلب الانتزاع قبل ان يأتي بآخر فاصح القولين عند عامة الاصحاب المنع
لان الواحد ليس بحجة واختار الروياني مقابله وعن ابي اسحق القطع به ومنهم من قطع
بالمنع لانه متمكن من اتمام حجته بالحلف فاذا لم يفعل كان مقصرا ⊙ وهل يحبس في حد
وقصاص بشاهد واحد فيه القولان ولا يجيء الطريقان واجرى الخلاف في دعوى

النكاح بعد بلا م تكفيلا ان لم يعدل وفي دعوى العتق والطلاق هل يحال فيه
القولان ثم ذكر العراقيون والروياني ان الحيلولة والحبس والتعديل يستويان
الى ظهور الامر للقاضي بالتزكية او الجرح ولا يتقدر له مدة وللحيلولة والحبس
بشاهد واحد اذا قلنا به لا تزاد على ثلاثة ايام بل عن ابي اسحق ان قول ثاني الشاهد
الواحد موضعه ما اذا اقام شاهدا وقال ان الشاهد الاخر قريب وان قال انه
غائب لا يحضر الى ثلاثة ايام فلا حيلولة ولا حبس بحال **قلت** ويؤخذ
من هذا ان موضع الحيلولة بالعدل الواحد اذا ذكر المدعي ان له شاهدا آخر فان
علم انه ليس له غيره فلا حيلولة ولا حبس بل يقال له اما ان تحلف مع شاهدك والا
اطلقناه صراحة ثم لو لم يكن ظاهر العدالة فهل يحال او يحبس الخصم الى تعديله
على القول به فيه نظر والله اعلم قال في المهذب واذا حال القاضي بينه وبين العبد
وانتزع منه العبد بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية لم ينفذ تصرف المدعى
فيه ثم لو اقر احدهما بالوقوف لانسان او اوصى به او دبره او اعتق انتظر ما يستقر
عليه الامر اخرا وحكى الهروي وجهين في نفوذ التصرف وصورتهما اذا حجر القاضي عليه
في المشهود به فان اراد بالحجر عليه نفس الحيلولة تحصلنا من نقله على خلاف
وان اراد التلفظ بالحجر اشعر اعتبار الحجر القولي لامتناع التصرف **قلت**
الظاهر ان مراده الاول بل هو متعين اذ لو جرى حجر قولي لم يجر في التصرف خلاف
اصلا قال الهروي واذا قامت البينة وحصل التعديل والقاضي ينظر في وجه الحكم
فينبغي ان يوقع الحجر عليه في مدة النظر واذا اوقع لم ينفذ تصرفه اي قطعا وقال البغوي
وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعي وينفذ تصرف المدعى عليه ان قلنا ان
طلب المدعي شرط في الوقف والا فوجهان ٥ والثمرة والغلة الحادثتان بعد
شهادة الشاهدين وقبل التزكية للمدعي وبين شهادة الشاهد الاول والثاني لا يكونان
للمدعي الا اذا ارخ الثاني ما يشهد به بيوم شهادة الاولى او بما قبله فان استخدم
السيد العبد المدعي العتق بين شهادة الاول والثاني على قولنا لا يحال بينهما وشهد
الثاني هكذا فعليه اجرة المثل هذا جملة ما اورد الرافعي هناك وحصل في الفرع
بعض تكرار وتطويل لكن يتقابل ٥ قال ابن ابي الدم وقع في الفتاوى عندنا انه

ادعى على رجل معين في بلده وكان للمدعي بينة غائبة او حاضرة لكنها مجهولة
وخاف من تعطيلها او ادعى عليه بدين وله اعيان حاضرة من عقار وغيره فانكر ولم
يكن له بينة عادلة حاضرة وخيف من افراده بما في يده للاولاد او لغرمائه وحربه
هذا الى بلد فدعم هذا بسهم واشتهر فيما لديهم وهذا المدعى عليه اشتهر من غيره في فعل هذا
فالتمس المدعي الحجر عليه الى ان يقيم البينة فذكر بعضنا فيه خلافا ورأى بعض
مذهب القاضي الحسين ورأى بعض انه هذا كالمفلس اذا احاطت به
الديون وتحقق انه يخرجه الى من دخل وخيف عليه فوات ماله فهنا كان نصرب
الحجر عليه في الاصح فهذا اقرب الشبه به والكل محتمل انتهى والحجر بالدعوى
المجردة بعيد لا يسمح به الاصحاب واحاطة الديون مفروضة في ديون تحققت
وعلمت والله اعلم **فرع** اساع امة ثم ادعى على البايع انها مغصوبة من فلان
واقام بينة على اقرار البايع انها مغصوبة قال شريح لا تسمع لانه انما تثبت بذلك حقا
لغيره وان اقام بينة انه اقر قبل البيع انها معتقة سمعت لانه لا تثبت بذلك حقا
لادمي قال هو وقد قيل لا تسمع بينة المشتري ولو ادعى المشتري فساد العقد
واقام بينة على ان البايع كان اقر انها مغصوبة سمعت وحكم بفساد البيع لانه يثبت بذلك
حقا لنفسه وهو فساد البيع واسترداد الثمن وحكى جدي عن بعض اصحابنا انها لا
تسمع لان معظم المقصود بها اثبات الملك للغير وانما يستفيد فساد البيع اذا ثبت
الملك للغير وعن بعضهم انه ان سمى المغصوب منه لم تسمع لان المقصود اثبات الحق له
وان لم يسمه سمعت لان المقصود حينئذ اثبات اقراره بما يوجب فساد البيع ٥
ولو ادعى على رجل دارا في يده انه اشتراها منه او اتهبها على ابيه وهو يملكها
فاقام بينة ان الدار له قلت لا تسمع لانها لا تضاد دعواه وقيل لا بد من اقامة البينة
على الشراء او الارث والاول اصح انتهى ولم يشرح ذلك **فرع قال شريح**
الروياني رحمه الله في باب دعوى الميراث قال الاصطخري اذا ادعى دارا في يد
رجل انها كانت لابيه وانه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره واقام بينة
بذلك وقالوا نحن من اهل الخبرة الباطنة ومعرفتنا كالدعوة بانه حكم له الحاكم بالدار.
وعن ابن سريج انه لا تثبت ما لم يقولوا انها للمدعي فان ذلك ليس من اثبات الملك

في الحال والاول هو المنصوص واذا ثبت الملك ارثا استحق حكمه وان لم يقولوا
من عرفنا به قديمه وعلم القاضي انهم من اهل الخبرة الباطنة بحاله يعرفون ذلك
قديما فانه يحكم بها ايضا وان لم يعلم لم يحكم انها للمدعي ولكن تشهد بذلك انه وارث
وان اباه مات وترك الدار ميراثا وتخرجها الحاكم من يد ذي اليد وبتعرف الحاكم
فان بان انه لو كان له وارث لظهر سلمنا الدار اليه ثم ياخذ منه كفيلا بذلك وجهان
فان شهدوا ان اباه مات وهذه الدار في يده او مات ابوه وهو ساكن في هذه الدار
حكم للابن بها وحكي جدي عن بعض اصحابنا انه لا يحكم للابن لانهم لم يشهدوا بالملك
قال الاصطخري ولو شهدوا ان اباه مات في هذه الدار او كان في هذه الدار حتى
مات لم يحكم لانهم لم يشهدوا الملك ولا اليد ولو شهدوا ان اباه اكرى هذه الدار من
الذي هي بيده وسلمها اليه او رهنها عنده بلذا انتزعها منه وسلمت اليه وكذا
لو ادعى ثوبا او اداة او خاتما او دابة وشهد الشهود ان اباه مات وهو لابس هذا
الثوب او الخاتم او راكب هذه الدابة او ممسك رسنها او خطام الناقة ولا راكب
عليها حكم له وان لم يقولوا الا راكب عليها لم يحكم لانه يجوز ان يكون عليها راكب وهو
ممسك والراكب الذي له اليد لا الممسك وكذا لو شهدوا ان اباه مات وهو حامل
لهذا الثوب قضي له به وكذا لو قالوا كان قاعدا فوق هذا المتاع هذا كله قول
الاصطخري وعلى قول اكثر اصحابنا لا يحكم بذلك ما لم يذكروا الملك قال جدي
وعليه يدل ظاهر قول الشافعي رضي الله عنه ثم ذكر فروعا كثيرة يأتي ان شاء الله
تعالى **فروع منثورة مفيدة من الاقرار بعد الدعوى وغيره مما يتعلق
بعضها او رد ها اشرح منها انه** لو قال البايع تقبض ثمن هذه الدار فلم
اقبضه ووصل به كلامه قيل يجعل قابضا وقوله فلم اقبضه رجوع عن الاقرار فلا
يقبل وقيل لا يجعل قابضا لانه اوصل كلامه واصل الخلاف انه لو قال استوفيت منه كذا
او قبضته فهل يحكم بالمال لفلان ولو قال اعطاني الثمن فلم اقبضه قبل هو كقوله تقبض
وقيل يقبل هنا قطعا ولو قال اقرضني الفا فلم اقبضه او اودعني فلم اقبضه فهل يقبل
قوله فيه وجهان قلت وسبقت مسألة الاقراض مبسوطة وانه لو اعتق
عبده ثم اقر بانه كان اخذ منه الفا قبل ان يعتقه فادعى العبد انما اخذ بعد العتق فالقول

قول المولى ولا ضمان عليه لانه اضافه الى حالة ملكه فهو كقوله طلقتك وانا
صبي او نائم لم يلزمه وحكى جدي وجها ان القول قول العبد والسيد ضامن
وانه لو كان في يده ملك بعد العتق فادعى المولى انه اكتسبه حال الرق
فالقول قول العتيق بيمينه انه اكتسبه بعد ما عتق لان الشيء في يده وانه
لو قطع يده واعتقه فقال السيد قطعتها وانت عبد فقال بل بعد عتقي فمن المصدق
وجهان حكاهما جدي وانه لو اقر بانه وجد ثوبه في دار فلان فاخذه
وادعى صاحب الدار ان الثوب له امر برده لانه صاحب يد الان بقيم الاخذ
بينة على انه له وقيل لا يؤمر برد الثوب على صاحب الدار لاحتمال انه له وكذا
لو قال اخذت دهنا من حانوت فلان فعلى وجهين وانه لو اعترف انه
اخذ من بيت فلان درهما لنفسه لزمه رده وقيل لا يلزمه وكذا لو قال من صندوقه
او من كيسه ولو قال من كمه لزمه رده اي قطعا لاقراره باخذه من يده وانه
لو قال احدث كذا من قرية فلان كذا فوجهان احدهما يلزمه رده والثاني لا يلزمه
وذكر ابو ثور لانه قد يكون في قريته مال غيره وقال بعض اصحابنا كل ما لا ينبت
من الارض ولا ينسب اليها فان المقر اذا قال اخذت منها كذا لا يؤمر بالرد مثل
اخذت ثوبا من ارض او قطنا من ارض ولم يكن الارض مماسه ونحو ذلك
الدراهم وغيرها وكل ما ينسب الى تلك الارض ونسبه كالارز والحنطة فعليه رده
الى صاحبها وانه لو قال اخذت سرجا من دابة فلان او حنطة كانت لي
عليها فقيل يلزمه رد ذلك الى صاحبها وقيل لا يلزمه وحكاه ابو ثور وانه
لو اقر انه اخذ ثوبه من حمام فلان فان قلنا في الصورة قبلها يلزمه الرد فههنا وجهان
حكاهما جدي وجه المنع ان العادة جارية بدخول الناس الحمام ووضع اثوابهم فيه
ولو اقر انه اخذ ثوبه من طريق فلان فلا يلزمه رده عليه في احد الوجهين قلت
وكان للفرض طريق مختص به لا مطلقا وانه لو اقر ان مورثه اوصى لزيد
بهذا العبد لا مال له غيره وانه قد اجازه فادعى رجل دينا على الميت فانكر الوارث ثم الوارث ثم
فاقام المدعي بينة وبيع العبد في الدين وقضي عنه الدين ثم اشترى ذلك العبد او ورث
فظاهر المذهب ان للموصى له اخذه منه بحكم الاقرار الاول كما لو اقر بحرية عبد

ثم اشتراه وقيل يبطل الاقرار بالوصية بالحكم بالدين فلا يلزمه وليس بصحيح
قلت ويتجه انه ان كان انكاره الدين لعدم علمه به حكم ببطلان
اقراره وان كان انكاره للدين تكذيبا للمدعي فلا ويؤمر بدفعه الى المقر له بالوصية
ويحتمل تنزيل الوجهين على هاتين الحالتين والله اعلم وانه لو اقر لرجل
بدار فقال المقر له لم يكن لي قط ولكنها لفلان يسلم اليه فان قال ذو اليد لا حق
لواحد منكما فيها لم يسمع منه وقيل ان كان المقر له الاول قبل اقراره ثم اضاف الملك
الى غيره قبل قوله لغيره والا كان اقراره لغيره لغوا كما لو قال دار زيد لعمرو
وقيل ان قال ان هذه الدار لم يكن لي قط ثم اقر بانها لغيره لم يقبل ولم يعتد
بقوله وان لم يقل ذلك لكن قال هذه الدار لعمرو قبل اقراره وان لم يقبل قلت
لانه في ضمن قوله هذا قبوله هذا الاقرار قلت ويشبه ان ينبني المسألة
على انه هل يبقى في يد المقر او ينزع ويحفظ او يسلم الى المقر له وانه لو قال
هذا العبد كان لفلان ثم اقام بينة انه اشتراه منه ولم يوقت قبلت ولو قال هذا
العبد لفلان ثم ادعى الشراء منه لم يصح للمضادة وعن ابن سريج انها تسمع وان
كان بين الاقرار والدعوى زمان يحتمل الشراء جاز ذكره القفال الشاشي ولو
قال هذا العبد لفلان وقد اشتريته منه متصلا كان مسموعا لان الكلام يرتبط
بانه اراد كان لفلان وان قال هذا العبد لفلان لا حق لي فيه ثم اقام بعد
البينة على الشراء منه قال العبادي لا تقبل البينة حتى تفسر انه اشتراه منه
بعد الاقرار لانه اقر بانقطاع الخصومة بينهما فلا تقبل خصومته حتى يبين سبب
حدوثها وعندي انها تقبل اذا كان بعد احتمال تلقي الملك منه وتحمل البينة
على محمل صحيح وانه لو قال لا حق لي فيما في يد فلان ثم قال هذا العبد لم اعلم
كونه في يده في وقت الاقرار صدق عند الشافعي خلافا لابي حنيفة رحمهما الله
تعالى وانه لو قال لامرأة الم اتزوجك امس او قال اليس قد تزوجتك امس فقالت بلى
ثم جحد لم يكن اقرارا منه قال جدي وانما هو استفهام وقيل هو اقرار قلت
وهو الارجح والله اعلم وانه لو اقر انه قبض من فلان الفا كان له عليه
او وديعة عنده فقال فلان قد اخذت مني هذا المال ولم يكن لك علي ولا عندي

اجبر على رده اليه الا ان يقيم بينة بما ذكره وانه لو قال اسكنته في بيتي
ثم اخرجته منه فادعى الساكن انه له صدق بيمينه لانه اقر انه اخذ منه واخرجه
منه وكذا لو قال دفعت ثوبي اليه ليخيطه وقد خاطه واخذته منه وحكى جدي
وجها ان القول قول المقر لانه اضافه الى نفسه وانه لو اقر ان فلانا زرع
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا البستان والجميع في يد المقر فادعى
الزارع والباني والغارس ذلك وقال المقر بل كله لي عملته في اعانة او اجارة
قال جدي القول قول المقر مع يمينه لانه لم يقر ان ذلك كان في يد الفاعل قال
ويحتمل القول قول الزارع والباني والغارس بيمينه وانه لو اقر مسلم من رجل
كان حربيا وهو في دار الحرب فقال انما اخذت مني بعدما اسلمت قال جدي يلزمه
المال ولا يصدق عليه انتهى والظاهر ان الحكم كذلك لو عقد له ذمة او امان
على نفسه وماله قال فصل تغلظ يمين مدع ومدعى عليه
فيما ليس بمال ولا يقصد به مال اي كدعوى النكاح والطلاق والرجعة
والايلاء واللعان والنسب والولاء والعتق والدم والحد والولادة والرضاع
وعيوب النساء والوكالة والوصاية والشركة والقراض قال الماوردي وغيره
وكذا لا يثبت الا بشاهدين وتوقف الامام في الوكالة وقال ان التغليظ انما يليق
فيما يعظم خطره ولذلك قال في البسيط وفي القلب منها شيء اذ الوكالة على درهم
لا يزيد على ملك الدرهم وتصرف المالك اعظم من تصرف الوكيل ونحن ننظر الى الرتبة
فلا يبعد منع التغليظ ههنا ولكن اطلق الاصحاب ما قدمناه انتهى وما ابداه ظاهر
الجنس قال وفي مال يبلغ نصاب زكاة اي لا فيما دونه فلا تغليظ
الا ان يرى القاضي لجراءة في الحالف فله التغليظ واقتضى ايراد ابن الرفعة انه
وجه وان المشهور خلافه حيث قال بعد الاثر المروي في الباب عن عبد الرحمن بن
عوف رضي الله عنه وهذا منه يدل على ان التغليظ في الدماء والخطير من الاموال
كان معروفا عندهم غير منكور فالحق بهما ما هو في معناهما وهو ما اعتبر الشرع في ثبوته
بالشهادة رجلان لعظم الخطر كما اعتبر ذلك فيهما وانه غير مألوف في القليل من المال
وكذلك اعتبر الاصحاب فيه ماله خطر في الشرع صالح للمواساة وقال القاضي الحسين ان

التغليظ باللفظ موكول في القليل والكثير الى رأي القاضي ثم أشار الى أن
المشهور الأول ثم قال وعن ابن جرير ويقال انه من أصحابنا أن التغليظ يجري في
قليل المال وكثيره وحكاه ابن يونس وجها ولم ينسبه لأحد انتهى وقال ابن شداد
نسبه في البيان الى ابن جيران وابن جرير ورأيته أنا فيه منسوبا الى ابن جيران فقط
وأحسبه وهم وانما هو قول ابن جرير الطبري فقط كما في الشامل وغيره وابن جرير ليس
من أصحاب الوجوه بل صاحب مذهب مستقل وان عده العبادي في طبقات الشافعيين
كما عد داود الظاهري والبخاري وغيرهم فيهم وحكي عن بعض الظاهرية انه يغلظ
في كل شيء وبالجملة فلم أر من تبع القاضي الحسين غير البغوي ومن تبع البغوي على أن
المحكي عن القاضي التغليظ باللفظ فقط والبغوي أطلق وسنذكر ثم لنا وجه
عن ابن القطان أن المال الواجب بجناية تغلظ فيه وان قل وفي روضة الحكام
وحق الله الذي يتعلق بالمال كالزكاة هل يغلظ اليمين فيه فيه وجهان
وان لم يبلغ ما يدعيه نصابا فهل يغلظ وجهان انتهى فأطلق كالبغوي والمعتمد
في الفرق بين المال القليل والكثير وورود الآثار والغرض بالتغليظ المبالغة
في الزجر وتأكيد الأمر قال ابراهيم المروذي وما دون نصاب النقدين ما فيه لا
يؤكد فيه اليمين ولم يذكر كما سبق عن القاضي مع نقله لكلامه ومتابعته له غالبا
والتغليظ بالقول في القليل قريب أما بجميع الصفات فلا **قال** وسبق
بيان التغليظ في اللعان **قلت** وبيناه ثم مع فوائد فاطلبها منه ونقول
ههنا التغليظ يقع على وجوه أحدها باللفظ وهو ضربان أحدهما تعديد وتكرير
وذلك مخصوص بالقسامة واللعان وواجب فيهما والثاني زيادة الأسماء والصفات
قال الرافعي وغيره بأن يقول أي الحالف والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وكذا قاله في الأم في موضع وقال في آخر الذي
يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ولم يزد الشافعي وجماعات على ذلك وقال
جماعة وتبعهم الرافعي أو يقول بالله الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم
السر وأخفى وزاد الماوردي وغيره عقب الطالب الغالب الضار النافع قال
الرافعي وهذا الضرب مستحب فلو اقتصر على قوله بالله كفى أي على المشهور

كما سيأتي واستحب الشافعي والأصحاب أن يقرأ على الحالف ان الذين يشترون
بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية وأن يحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف
أي ان كان متوضئا أو تيمم بالوضوء ولم يذكر الدارمي وضعه في حجر الحالف
قال البغوي ووضع المصحف في حجره استحسنه الشافعي وهو استحسان بالقياس
والمقصود منه الزجر والردع فلو أراد الحاكم التغليظ به فامتنع هل يكون نكولا فيه
وجهان كالتغليظ باللفظ الا انه لا يحلفه بالمصحف لأنه لا يجوز اليمين الا بالله
أو بصفات من صفات الله أما بدون ذلك فلا يجوز أصلا انتهى لفظه في تعليقه
وسبق الكلام على الحلف بالمصحف مستوفى وذكر بعضهم من أنواع التغليظ الحلف
بالمصحف وسيأتي واستحب بعضهم أن يحلفه قائما في جميع الأيمان كما في اللعان ذكره ابن
الصباغ قال الرافعي وذكر بعضهم زيادة في التغليظ وقال ابن أبي الدم لا يشترط
القيام في شيء من الأيمان الا في يمين اللعان وقيل فيذكره ومن أنواع التغليظ
في الدعاوى التحذير من الاقدام على اليمين الفاجرة وقراءة الآية السالفة والأحاديث
المحذرة وقال بعض الأصحاب لا يستحب غير الدماء واللعان قال القاضي أبو
الطيب وليس بشيء لأن الاثم يتعلق بالجميع اذ الكذب وعلله بعضهم في غير الدماء من
الأموال وغيرها وهو المشهور والوجه الثاني والثالث التغليظ بالمكان
وبالزمان كما تقدم وفي كل منهما طريقان القطع بالاستحباب فيهما وثانيهما على
قولين أظهرهما انه مستحب لا واجب قال الرافعي ورأي الامام طرد الخلاف
في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي أيضا **قلت** وذكر من تقدم الامام
وفي البسيط وفي استحقاق هذه التغليظات حتى يكون الممتنع عنها ناكلا وحتى لا
يحسب الاقدام على اليمين دونها اضطراب أقوال حاصلها أربعة أحدها ان
جميعها مستحق والثاني ان جميعها احتياط والثالث الاستحقاق في المكان
والرابع فيه وفي الزمان حسب دون التغليظ بزيادة اللفظ وعلى الجملة
اللفظ هو الأبعد عن الاستحقاق والمكان هو الأقرب انتهى وقيل الخلاف
في المكان مختص بمكة والمدينة وأما في غيرهما فلا يجب قولا واحدا **تنبيهات**
وتتمات منها عبارة المنهاج يقتضي أنه متى بلغ المدعى نصاب زكاة

ما كان حرث التغليظ وهو وجه شاذ وعبارة وغيره والكثير ما يقع عليه نصاب
الزكاة عينا او قيمة وكذا قال في الشرحين والروضة وزاد وهو عشرون
دينارا او مائتا درهم وكانه ظن ان مراد المحرر بقوله عينا عين نصاب الزكاة
اي شيء كان وانما اراد به النقدين وعبارة الدارمي وخلائق وتغلظ اليمين اذا
كانت على عشرين دينارا او مائتي درهم او قيمة ذلك وعبارة الشافعي في الام في
مواضع وكذا المختصر مقتصر على ذكر الدنانير ولفظه وان كان الحق عشرين دينارا
او قيمتها وقال في موضع من الام وبوقف عشرين دينارا اقول فقهاء المكيين وحكامهم
وقال الماوردي في كلامه على الاثر المروي عن عبد الرحمن رضي الله عنه ان السامعين
لقوله من اهل العلم عقلوا انه اراد بالعظيم من المال عشرين مثقالا لاقتصاد هذا
القدر اصلا في تغليظ الايمان واختلف اصحابنا في تقديره بالعشرين على وجهين
احدها انه نصاب في الزكاة فيكون المقدار معتبرا باصل مشروع فعلى هذا تغليظ
في مائتي درهم وخمس من الابل وثلاثين من البقر واربعين من الغنم وخمسة اوسق
من الحبوب والثمار سوا بلغت قيمة ذلك عشرين دينارا ام لا والثاني انه
قدر بالعشرين لانه اصل عن توقيف واجتهاد لا يعتبر بغيره فعلى هذا لا يغلظ
اليمين في الدراهم المائتين والمواشي والثمار الا ان يبلغ قيمة ذلك عشرين دينارا
من غالب دنانير البلد الخالصة اي وتغلظ اليمين اذا بلغت القيمة ذلك وان
نقصت نصبها انتهى وعلى التقويم بالمثاقيل اقتصر ابرهيم المروذي وصرح بانه ان
نقصت عن عشرين دينارا فلا والذي اورده الدارمي والبندنيجي والغزالي
والامام والبغوي والعمراني والرافعي التسوية بين الدنانير والدراهم
واحسبه قول الجمهور وجعله ابن الرفعة الوجه الثاني من الوجهين السابقين
عن الحاوي وهو وهم كما بينته في الغنية فتحصلنا على وجوه ان المعتبر نصاب زكاة
ما كان وهو شاذ اذ يلزم منه التغليظ في خمسة اوسق شعيرا وذرة ونحوها
قيمتها ثلاثون درهما ولا يقول به في عرض قيمته مائتي درهم الا دانقا وهذا
بعيد والثاني ان الاعتبار بالنقدين الخالصين او ما بلغت قيمته نصابا باحدهما
وان لم يبلغ قيمته ذلك فلا وان كان نصابا فاكثر وهذا هو المشهور والثالث ان

المعتبر

المعتبر النصاب الخالص من الذهب المطبوع من النقد الغالب بالبلد او
قيمته وظاهر النصوص توافقه وبه جزم الماوردي في موضع فقال في ادب القضاء
ان بلغت قيمتها عشرين مثقالا وان نقصت عن العشرين لم يغلظ وعليه
حمل ابن الرفعة كلام التنبيه وعليه اقتصر جماعة ورابعا بني ما يخرج منه وجه
رابع قال الدارمي وان كان مائة وعشرة دنانير غلظ وسوا الرجال والنسا
والعبيد والاما اذا كانوا مسلمين في التغليظ وتحلف المراة متنقبة اذا اثبت
نسبها بعدلين انتهى وانما قيد بالمسلمين لانه ذكر من بعد انه يجوز ترك التغليظ
على المشرك في اللفظ والموضع قولا واحدا وخص الخلاف بالمسلم وفي الترغيب
والزمان يوم العيدين وعرفة وعاشورا ويوم الجمعة وبعد صلاة العصر لان فيه
تنزل الملائكة وتصعد ورجب ورمضان ثم قال وما فيه خطر من المال عشرون مثقال
ذهب ومائتا مثقال فضة وهل هو تقريب او تحديد على قولين واغرب بقوله
مائتي مثقال فضة هكذا رايته بخطه وكانه عبر بالمثقال عن الدرهم ومنها
قال الرافعي ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع ولم
يذكره ههنا ويشبه ان يقال ان الايمان التي تتعلق باثبات حد او دفع حد يكون
التغليظ فيها بالجمع كما في اللعان زاد الشيخ قلت الصواب انه لا يعتبر ههنا انتهى
وما اشار اليه الرافعي محتمل جدا ويعضده ان الشافعي قال في باب الامتناع من اليمين
من الام وان كان ذميا احلف بالله الذي انزل التوراة على موسى ونحو ذلك
مما يعظم اليمين به مما يعرف انه حق وليس بباطل ولا يحلف بما يعظم اذا جهلناه
ويحضره من اهل دينه من يتوقى هو محضره ان كان حانثا ليكون اشد لتحفظه
ان شاء الله هذا لفظه ولم يخصه باليمين المتعلقة بالحد وهو يشمل الحد
وغيره فيؤخذ منه ان الاولى للحاكم تحليف المسلم في المال وغيره بحضرة جماعة من
المسلمين لما ذكر من التوقي ومنها قال الرافعي ثم التغليظ يكون بطلب
الخصم او بتغليظ القاضي وان لم يطلب الخصم حكى القاضي ابن كج فيه وجهين وذكر
ان الاصح الثاني ويشبه ان يكونا جاريين سوا قلنا بالايجاب او الاستحباب
قال ابن الرفعة وفيما قاله نظر لما ذكره ثم لم اره ذكر شيئا والظاهر انه اشار بذلك

التفاتها الى الخلاف المذكور في الوجوب وارسل في البحر الوجهين وجزم
الدارمي بالثاني ويجوز ان يكون النظر انا ان قلنا مستحب لم يفعله الا بطلب
الخصم لما فيه من التطويل من غير طلب ورضى وان قلنا انه واجب فيكون فيه
الخلاف السابق في التوقف وسبق في الفلس ان التحليف مع بينة الاعسار هل
يتوقف على طلب الخصم لكن قدمنا ان الاصح التوقف على طلبه وانه لو كان الدين
لمحجور عليه لم يتوقف على طلب وان الخلاف فيما اذا سكت الطالب فان قال لست
احلفه وقال رضيت باطلاقه لم يحلف بلا خلاف وذكر ابن الرفعة هنا عن تعليق
القاضي الحسين وانه لم يحك سواه ان المدعي لو رضي بترك التغليظ فالحاكم لا
يترك حقا لله تعالى قال وهذا مقابل لما ذكره الماوردي ان من توجهت عليه اليمين
المغلظة اذا كان زمنا لا يقدر على المشي الى مكان التغليظ الا باجرة مركوب
كانت اجرة مركوبه الى مكان التغليظ على المستحلف لانه ليس بحق على الحالف
وانما هو حق للمستحلف وكان اجرة عوده على الحالف لانه يعود في حق نفسه
انتهى وفي تعليق البغوي ما حكاه عن القاضي الحسين بلفظه وزعم ان التغليظ
بالمكان واجب وذكر ابن ابي الدم في آخر كلامه على التغليظ ما لفظه وهكذا اليمين
للحكم على الميت او الصبي او المجنون او الغائب تغلظ كما سنذكره ثم ذكر ما سبق
عن الشافعي من التغليظ اللفظي والخلاف في وجوبه **ومنها** سبق في كتاب
الايمان ان جماعة عدوا مما تؤكد به اليمين وتغلظ قوله والله الطالب الغالب
المدرك المهلك وان بعضهم انكره ونقل عن ائمة المذهب انه لا يجوز وسبق كلام
الخطابي فيه وانكاره اياه ونقل ابن الصلاح هنا في المشكل ان الامام الخطابي
انكر الطالب الغالب من حيث انه لم يرد في صفات الله تعالى توقيف به واجيب عنه
بان ذلك من قبيل اسم الفاعل الذي غلب فيه معنى الفعل دون الصفة فالتحق
بالافعال واضافة الافعال الى الله سبحانه لا تتوقف على توقيف ولذلك توسع الناس
في ذلك في تمجيداتهم وتحميداتهم وغيرها انتهى **وفي قصيدة كعب ابن مالك رضي الله عنه**
في هجو المشركين في غزوة الخندق

جاءت سخينة كي تغالب ربها ... وليغلبن مغالب الغلاب

ولم ينكره عليه ذلك ولكن الاحوط اجتناب هذه الالفاظ ولم يذكرها الشافعي
وكثيرون من الاصحاب وذكر هذه الاسماء على التوالي يشعر بان قائلها جعلها صفات
وقال القاضي ابو الطيب وغيره بعد ايراد صيغة اليمين كما ذكره الشافعي ولو
اتى بعد ذلك وهو ما جرت به عادة القضاة في التحليف من قولهم الطالب الغالب
الضار النافع المدرك المهلك كان جائزا لان القصد تهيب الناس من
ايمانهم في اثنا كلامهم بالاتيان بشي من اسما الله تعالى وصفاته الحسنى ما يميز
ذلك فيكون مانعا لهم من اليمين الفاجرة ورادعا عنها انتهى فحصلوا هذه
الالفاظ من صفاته تعالى والوجه اجتناب ما لم يصح به توقيف وصح دع ما يريبك
الى ما لا يريبك وايضا فالحلف بغير اسمائه تعالى وصفاته المقدسة حرام او مكروه
وسبق ان اثبات صفة له بلا توقيف لا يجوز **ومنها** ما يجري فيه التغليظ
يستوي فيه يمين المدعى عليه واليمين المردودة واليمين مع الشاهد وقد
تقتضي الحال التغليظ في طرف فقط كما لو ادعى على سيده عتقا او كتابة فان
بلغت قيمته نصابا من النقد غلظت عليه اليمين والا فلا فان نكل السيد
غلظ على العبد بكل حال لانه يدعي العتق هكذا ذكره جماعة والرافعي وقال
الدارمي ان ادعى عبد العتق فحلف السيد اعتبرت قيمته وان حلف
العبد غلظ بكل حال وان حلف سيد المكاتب اعتبرت قيمته وان حلف ففيه
وجهان وقال الماوردي وغيره وان وجبت اليمين في وقف غلظت وان نقصت
قيمته ان قيل لا يثبت الا بشاهدين لا ان قيل يثبت بشاهد ويمين وقال
الرافعي لا تغليظ في الوقف من جانب المدعى عليه الا ان يبلغ قيمته نصابا
وكذلك من جانب المدعي اذا اثبت بشاهد ويمين والا فيغلظ كالعتق قال
الماوردي ويغلظ على الوصي بالولاية في القليل لا على الموصى له الا في الكثير
الا ان يكون في عبد وصي بعتقه او في والد قد وصي له بالولد فيغلظ مطلقا
وقيل انما يغلظ فيه من طرف يغلظ من الآخر تسوية بين الخصمين وان ادعى
الزوج الخلع ثبت بقوله ثم نظر في التغليظ الى قدر المال حلفت او ردت اليمين عليه
وان ادعت هي الخلع وانكر غلظ عليه وكذا عليها ان نكل وحلفت **ومنها**

قال الرافعي ومن به مرض او زمانة لا تغلظ عليه في المكان
لعدم وسبق كلام الحاوي في احضار مركوب له قال الرافعي وكذا الحائض
اي ونحوها اذ لا يمكنها اللبث في المسجد وذكر غيره انها تحلف بباب المسجد كما سبق
في اللعان ولم لا يقال اذا امنت التلويث تحلف فيه ما ذاك في غير اللعان اذ الملك
ليس شرطا في اليمين قال وفي المخدرة خلاف سبق فان احضرت فكالرجل والا
بعث القاضي اليها من يحكم بينها وبين خصمها فان احتيج الى التغليظ بالمكان
فهل يكلف الحضور وجهان وباحضارها اجاب الشيخ ابو حامد ومن تابعه لكن قيل
مبنى الخلاف على ان التغليظ مستحق او مستحب وقضيته البناء ترجيح المنع انتهى
وقال الامام في موضع قطع العراقيون بان التخدير لا يعصمها عن الحضور الى المسجد
الجامع لليمين اذا رأت التغليظ بالمكان واجبا ولا يحضر مجلس الحكم للدعوى عليها
وقال القفال هي كالبرزة انتهى وجزم الشيخ ابو علي بانها لا تحضر المجلس بل
تحلف في منزلها ان كان مما لا يغلظ فيه وان كان فقيل تحلف فيه ايضا والصحيح
انها تحلف في المواضع الشريفة ويغلظ اليمين عليها فان كانت حائضا حلفت على
على باب المسجد انتهى فقد صرح الامام بان العراقيين بنوا ذلك على القول بالوجوب
وقول الرافعي لكن قيل يفهم خلافه والظاهر انه مبني على ذلك وفاقا وذكر ابن
الرفعة ان الخلاف انما هو على قولنا بوجوب التغليظ بالمكان فان قلنا مستحب لم
يخرج واحدا اي ان اعتبرنا التخدير ومنها قال الماوردي وان كان الحالف
عبدا غلظت يمينه بالزمان والمكان كالحر فان كان مقيما على حفظ مال لسيده
يخاف ضياعه ان فارقه نظر فان كان سيده حاضرا يحفظ ماله وحمل العبد الى
مكان التغليظ وان كان غائبا اقر العبد على حفظه وقيل للمستحلف انت مخير
بين ان ينتظر باليمين اياما يمكنه من حضور المكان من غير ضرر يدخل على سيده
او يعجل احلافه في مكانه قلت ولينظر في الحر اذا كانت عينه مستأجرة وكان
حمله الى موضع التغليظ يعطل على المستأجر العمل فالقياس ان يقال للطالب اما ان
تحلفه مكانه او تنتظر الفراغ مما عليه وتمكنه من اتيان الجامع ونحوه والظاهر
ان ما ذكر في العبد من ركوب الزمن مبني على القول بالوجوب ومنها قال

الماوردي

الماوردي لا يجوز ان ينقل مستحلف من بلد ليغلظ يمينه بمكة او بالمدينة
فان قيل فقد نقل ابو بكر رضي الله عنه قيس بن مكشوح في وثاق من اليمن الى
المدينة حتى احلفه بها ونقل عمر رضي الله عنه اهل القسامة من مسافة اثنين
وعشرين يوما الى مكة حتى احلفهم في الحجر قيل انما فعلا ذلك في حق السياسة
المتعينة بالرأي والمصلحة ولم ينقلا في حق المستحلف فان لم يكن في بلد
الحالف حاكم تغلظ اليمين اذا استحلف جاز نقله لليمين وتغليظها الى بلد تقصر
عن مسافة يوم وليلة ولم يجز نقله لما زاد بما لا يبلغ مسافة القصر واستناب حاكم البلد
البعيد من يستحلفه ويغلظ يمينه من اهل بلده اذا كان من بلاد عمله انتهى واعتباره
ما دون مسافة القصر هو احد الوجهين في الاعداء وقال الدارمي في كلامه على
التغليظ بالمكان ولا يجلب احد من بلد الى غيره من بلد خليفة او غيره الا ان
يكون المحكوم عليه نفسه حاكم بلد فيرفع الى غيره من اقرانهم اذا قدروا اعانه انتهى
وهذا احسن وقضيته عدم الفرق عند الحاجة بين المسافة البعيدة وغيرها
ويجوز ان ينزل ما سبق من الاثرين عليه لا على ما حملهما عليه الماوردي ومنها
سبق ان اليهودي يحلف بالله الذي انزل التوراة على موسى زاد البغوي في التعليق
وانزل الآيات العشر وسيأتي عن النص ما قد يفهم المنع من ذلك والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى صلى الله عليهما وسلم قال الماوردي ولو اراد ان
يزيد فيقول الذي ابرأ الاكمه والابرص واحيا الموتى باذن الله تعالى لو حلف القاضي
اليهودي بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والنصراني بالله الذي انزل القرآن
على محمد فامتنع من اليمين بذلك فهل يصير ناكلا فيه وجهان رواهما الشيخ ابو علي عن
القفال قال البغوي في تعليقه ولو انه حلف مسلما بالله الذي انزل التوراة والانجيل
جاز لانه حلف بما هو منسوخ فيجب ليمينه انتهى قلت ينبغي ان يكره له التحليف بذلك
لان العامة تنفر من ذلك وقد اورد ابن ابي الدم هنا سؤالا وهو ان قيل لم حلفتم
اليهودي والنصراني كما تقدم ولم تحلفوا المسلم بالله الذي انزل القرآن على محمد صلى الله عليه وسلم
واجاب بنقل وجهين عن رواية الشيخ ابي علي في شرح الكبير وابي عاصم العبادي
في الفتاوي ولم يختار احدا قال ابن الرفعة وكلامه يقتضي ان الراجح عند الاصحاب

انه يحلف كذلك **ومنها** ما ذكره جماعة ان من التغليظ التحليف بالمصحف قال
الشافعي كان ابن الزبير يستحلف به ورايت مطرفا قاضي صنعاء يستحلف به وهو حسن
وعليه الحكام باليمن وقال في باب كيف اليمين من الام وكان من حكام الافاق
من يستحلف على المصحف وذلك عندي حسن قال القاضي الحسين هذا النوع من
التغليظ مستحب وقال الماوردي هو جايز عند الشافعي وليس بمستحب وهذا منه
يفهم ان الشافعي اراد بما ذكره عن ابن الزبير رضي الله عنهما واستحسنه التحليف
بالمصحف نفسه لكنه قال في موضع آخر ان ما حكاه الشافعي مفروض فيما اذا احلفه
بالمصحف وما فيه من القران وحكى ابن ابي الدم عن الاصحاب انهم قالوا معناه ان
يوضع المصحف في حجره ليكون ازجر له ولا يحلفه بالمصحف فيقول وحق المصحف
وانه لا يحلف بغير الله وانما يحلفه بمن انزل القران وقال انه هكذا قاله والشيخ
ابو علي وان الشيخ ابا زيد قال لو حلفه بما في المصحف لا يكون يمينا لان المصحف سواد
وبياض ثم لو حلفه بما فيه من القران او بما هو مكتوب في المصحف او حلفه بالقران
فهو يمين وسبق عن فتاوي القفال انه لو قال والقران لا يكون يمينا وعن الحاوي
نقل وجهين في اجزاء الحلف بالمصحف واستوفا الكلام على ذلك وقال البغوي
كما سبق لا يجوز وقال شرح الروياني واذا احلف على المصحف وضع يده على المكتوب وقال
وحق هذا القران المكتوب فيه انتهى والظاهر ان كلا يتوقف كونه يمينا على النية
لا ينبغي للقاضي ان يحلف به وما كان صريحا من اسمائه تعالى وصفاته العلى صح التحليف
والتوكيد به قطعا **ومنها** لو اقتصر على الاسم المقدس وحده اجزا على
المشهور لان التغليظ باللفظ تكرير صفات الله تعالى وكل ذلك مندرج تحت قوله
والله وهكذا لو اقتصر على الصفة الذاتية مثل وعظمة الله وجلال الله وكبرياء
الله وغير ذلك قالوا ولا فرق في اقتصاره على الاسم بين ان يقول بالله او تالله او والله
قال ابن الرفعة كذا قالوه هنا وسبق في الايمان ما ينازع فيه قالوا ولا فرق بين ان
ياتي به معربا او لا بان يرفع الاسم او ينصبه بل في اللحن سواء تعمد ذلك ام لا كما قاله
الشافعي في الام لانه لحن لا يغير المعنى وقال احب ان يعيد حتى يصح قال
الماوردي في كتاب القضاة وفرق بعض اصحابنا بين المعرب وغيره فاذا رفع الاسم او نصبه

النحوي

النحوي لم يكن يمينا في حقه بخلاف غيره لانه لا فرق عنده بين الجميع وعن
القفال انه اذا رفع لا يكون يمينا الا بالنية ولم يفرق بين النحوي وغيره وقضيته
ان لا ينعقد يمينه اذا رفع هنا لان النية لا يطلع عليها **ومنها** لو حذف
حرف القسم من ذكر الله فظاهر كلام الاصحاب هنا انعقاد اليمين بذلك لانهم
عدوا من فوايد تحدث ذكا انه المشهور جواز حذف حرف القسم لكن في كتاب دعوى
الدم من الحاوي انه اذا حذف حرف القسم لم يكن يمينا على الظاهر من مذهب الشافعي
في عموم الناس كلهم وسواء ذكر الاسم مرفوعا او منصوبا او مجرورا وعلى قول من فرق
بين المعرب وغيره يجعله بالنصب يمينا من النحوي لانهم اذا حذفوا حرف الجر
نصبوا فصار النصب عوضا عن حرف القسم فصار يمينا من النحوي دون غيره
وسبق في الايمان انه اذا حذف حرف القسم واطلق لا يكون يمينا وهو موافق
لما ذكره الماوردي وذكر هناك وجوها **ومنها** اذا عرض المستحلف شرعا
وهو القاضي ونحوه اليمين المغلظة على الحالف فاراد الاقتصار على الاسم فهل
يجزيه او يعد ناكلا عن اليمين ان اصر على ذلك الكلام في هذا وفي كل تغليط
يراه الحاكم من المكان والزمان مبني على ما سبق من الخلاف في وجوبه ان قلنا
بالصحيح ان الجميع مستحب فعرضه القاضي عليه وهو يراه مستحبا واحتياطا لم يلزمه
ولم يعد بامتناعه منه ناكلا عند العراقيين وحكى القاضي الحسين واتباعه والامام
فيه وجهين اصحهما عند القفال انه نكول وطردهما القاضي الحسين والشيخ ابو علي
والبغوي فيما اذا عرض عليه وضع المصحف في حجره فامتنع وان قلنا الجميع واجب
فلا يخفى تفريعه وان قلنا الواجب المكان فقط فامتنع من التغليظ بالزمان
واللفظ وقد راه القاضي احتياطا فحكمه ما تقدم وان امتنع من التغليظ بالمكان
عد ناكلا قال الماوردي والامام والرافعي وغيرهم ولا نظر الى كونه حلف ان لا يحلف
في ذلك المكان وهو قياس قولهم يكسر على اليهودي سبته اذا اوجبنا التغليظ
بالمكان لكن جماعات من العراقيين وغيرهم نقلوا عن نصه في الام انه اذا كان عليه
يمين لا احلف بين الركن والمقام استحلف في الحجر فانه كان عليه يمين ان لا احلف
في الحجر استحلف على يمين المقام والحجر وان كان عليه يمين لا احلف هناك استحلفه

قريبا من البيت وان الشافعي قال لو قال قائل له كان عليه يمين لا يحلف بين
الركن والمقام استحلفه فيه وان كان فيحنث فيما كان حلف كان مذهبا كما لو
حلف لا يحلف فوجبت عليه اليمين فانه يحلف وان حنث فيما كان حلف قالوا
فخرجها على القولين قال القاضي ابو الطيب قال اصحابنا وهذا على القول بان
التغليظ بالمكان مستحق وشرط والا فلا يحنث في يمينه قولا واحدا وقال
البندنيجي يشبه ان يكون القولان اذا قلنا المكان شرط والا فلا يحنث في يمينه
قولا واحدا وقال الدارمي بعد ذكر موضع التغليظ بمكة والمدينة وبيت المقدس
وفي غيرها في الجامع بعد العصر وكذلك عندي بعد العصر بمكة والمدينة فان حلف على
العامل فيها جاز وان حلف على ما قلنا فيها في غيرها ناسيا فقولان احدهما تعاد
اليمين والثاني تجزئ فان فعله عامدا مجتهدا قال ابن المرزبان لا تعيد وقال
ان تعمد غير مجتهد فالقولان فان كان بالحالف عليه يمين البر في موضعه من يحلفه
وسوا طلب صاحب الحق هذه المواضع ام لم يطلبها وان قال الحالف على يمين ان لا احلف
في هذه المواضع فقولان احدهما يحلف فيها وان حنث والثاني يحلف فيما قرب منها قال
ابن المرزبان القولان هنا وفي اعادتها مبنيان على القولين هل التغليظ واجب
او مستحب وسوا كان حلفت بالله تعالى او بالطلاق او غيره اني لا احلف في هذه
المواضع انتهى واذا قلنا يجب التغليظ بالزمان والمكان دون اللفظ كما هو قول
فلا يخفى تفريعه مما تقدم وعليه قال الماوردي في الاقضية لو سال المدعي تأخير
احلاف المنكر ليغلظ عليه باحلافه بعد العصر او بالجامع كان له ملازمته ان استحق
تغليظها والا فلا واذا لم يكن بالقرية جامع حلف بمسجدها واذا حلف ان لا يحلف
في الجامع ولم تحنثه حلف في غيره من المساجد **ومنها** سبق ان الدارمي قال
يترك التغليظ على المشرك باللفظ والموضع قولا واحدا وهو قضية كلام الماوردي
وان كان يختص بالمسلمين وصرح بانه يترك التغليظ على الكافر بالموضع واللفظ جاز
قولا واحدا وظاهر كلام الجمهور فصريحا ونقلوا طرد الخلاف في اليهودي والنصراني
واما غيرهم كالمجوسي والوثني فكلامهم فيهم محتمل في غير اللفظ وصرح بعضهم بانه لا يحلف
في بيت الصنم ولا النار قال شرح الروياني قال الشافعي يعني في اليهود ولو كان لهم

الفاظ يعظمونها ولا يعرف المسلمون معناها نحو العشر الايات لم يحلفهم بها
لانهم بدلوها وادخلوا فيها ما ليس منها فقد يكون ذلك مما بدلوه فيكون كفرا
او معصية وقال بعض اصحابنا يحلفون بالعشر الايات التي انزلها الله على موسى عليه
السلام لان المبدل غير المنزل **قلت** والمختار ما نص عليه لئلا نسوم انا
نعتقد انما يزعمونه انزله الله على موسى كما زعموه والله اعلم **قال** ويحلف البت
اي على القطع والجزم في فعله اي نفيا كان او اثباتا لانه يعلم حال نفسه ويطلع
عليها هكذا اطلقوه وهو مستمر فيما اذا كان الفعل صدر منه في حال عقله وتمييزه
اما لو كان قد صدر منه في حال جنونه او سكره الطافح او اغمائه او طفوليته وتوجهت
عليه اليمين بعد كماله وتأهله للحلف فلا نظيرها لتوجيه المذكور **قال** وكذا
فعل غيره ان كان اثباتا اي فيحلف ايضا على البت لانه يشهد الوقوف عليه ولهذا
يشهد به وعن القفال ان مدعي الرضاع اذا نكل خصمه عن اليمين على نفي العلم حلف هو
على نفي العلم والظاهر خلافه **قال** وان كان اي فعل الغير نفيا فعلى نفي
العلم لان النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه ولهذا لا تجوز الشهادة عليه ومثال الحلف
على نفي العلم ان تقول والله ما علمت انه فعل كذا وما اشبه ذلك قال ابن الصلاح
الا ان يكون فعل الغير منسوبا الى الحالف فيحلف على البت فلو حلفه القاضي هنا
على البت اعتد به ولكنه عدل عن نهج الحق **قلت** والظاهر ان له هنا ان يتوب
نفي العلم لانه المتوجه عليه اما لو حلفه على نفي العلم والحال تقتضي الحلف على البت لم يعتد
بذلك قطعا قال الرافعي والعبارة المختصرة ان يقال اليمين على البت ابدا الا اذا
حلف على نفي فعل الغير انتهى وفيه شي ياتي **قال** ولو ادعى دينا لمورثه فقال
ابرانى اي ونحوها كقضيته او احال به علي او اعتاض عنه حلف على نفي العلم بالبراءة
اي مما ادعاه مما ذكر من الابرا وذكرناه من غيره من الامثلة ولو كان بيده
عين فقال مدع غصبها ابوك او بايعك مني فانكر حلف على نفي العلم بانه ما غصب **تنبيهان**
وفروع اذا ادعى على وارث دينا على الميت لم يكف ذكر الدين ووصفه بل يذكر
مع ذلك موته وانه حصل في يد الوارث من التركة ما يفي بجميعه او ببعضه وانه يعلم دينه
على مورثه وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض

له فيقول ان مورثك غصب كذا وانت تعلم انه غصبه **قلت** وبعرضه لعله ظاهر
اذا علم ذلك او ظنه اما لو علم انه لا يعلم او ظن ذلك او جهل الحال فليكتف بقوله
بها هذا موضع نظر وتامل ثم اذا تعرض لجميع ذلك فانكر الوارث الدين حلف على
نفي العلم فان نكل حلف المدعي على البت وان انكر موت من عليه فاوجه احدها انه
يحلف على البت لان الظاهر اطلاعه عليه والثاني واصحهما انه يحلف على نفي العلم كما لو
انكر غصبه او اتلافه وقد يموت في الغيبة والثالث عن ابي زيد الفرق بين من عهده
حاضرا او غائبا **قلت** تبعا في تصحيح الثاني قول القاضي ابي الطيب انه المذهب
واحسب ان كلامه في الغائب الذي يجوز جهله بموته اما الحاضر معه في البلد او الساكن
معه فلا وقال شريح الروياني يحلف على البت ما مات ابوه وعند ابي حنيفة على نفي
العلم وحكاه جدي عن بعض اصحابنا ثم حكى قول ابي زيد فافهم ان المذهب الحلف
الحلف على البت ٥ وان انكر حصول التركة عنده حلف على البت وان انكر الدين
وحصول التركة معا واراد ان يحلف على نفي التركة وحدها واراد المدعي تحليفه على
نفي التركة وعلى نفي العلم بالدين فعن ابن القاص انه يحلف عليهما لان للمدعي غرضا
في اثبات الدين وان لم يكن عند الوارث شيء فلعله يظفر بوديعة او دين له على انسان
باخذ منه حقه هكذا اورده الرافعي وجزم به في الروضة بلا نسبة وهو يفهم انه لو
اعترف المدعي بانه لا تركة في يد الوارث ولا غيره ان له التحليف والاثبات للغرض
المذكور وفيه نظر يعرف مما تقدم عند الكلام في الدعوى بالدين الموجل وعلى الغريم
المعدم ورايت القاضي شريح الروياني قال وان جحد الدين والتركة حلف ما يعلم
ان له على ابيه شيء وما وصل اليه شيء من تركته فان حلف على التركة فهل يحلف على
الدين قال ابو جعفر الهندواني لا يحلف وله اقامة البينة قبل ظهور مال بخلاف
اليمين قبل ظهور التركة وهذا اصح وقال الخفاف يحلف انتهى ٥ ٥ لو نصب البائع وكيلا
لقبض الثمن وتسليم المبيع فقال له المشتري ان موكلك اذن في تسليم المبيع وابطل حق
الحبس وانت تعلم ففي قولان احدها واختاره ابو زيد انه يحلف على البت لانه يثبت
لنفسه استحقاق على المبيع وقضيته كلام ابن الصلاح السالف انه جزم به واقواهما
في زيادات الروضة انه يحلف على نفي العلم وبدوام الحبس الى استيفاء الثمن وهو المفهوم من

اطلاق

اطلاق المنهاج وغيره ٥ **لو قال** المدعى عليه للمدعي ان وكيلك قبض منى الحق
حلف انه لا يعلم انه قبض هذا المال ولا اساسه ٥ لو بلغ طفل وطلب الشفعة
فقال المشتري ترك ابوه الشفعة لما كان الصلاح في تركها وقلنا اذا تركها الولي
لا تثبت للطفل اذا بلغ حلف انه لا يعلم ان اباه سلم له الشفعة ثم يحكم له بالشفعة
ذكرها شريح في روضته ٥ عن ابن القاص انه اذا طولب البائع بتسليم المبيع فادعى
حدوث عجز عنه وقال المشتري انت عالم به فانك تحلف على البت وانه لو مات
عن ابن في الظاهر فجاء آخر وقال انا اخوك والميراث بيننا فهو حالف في نفسه
قال الرافعي ونازعه منازعون في الصورتين وقالوا يحلف على نفي العلم زاد في
الروضة وهو الصحيح وهو كما قال وفي روضة شريح في الثانية عن ابن القاص انه
يحلف بالله انه ليس باخيه او انه لم يولد على فراش ابيه لامكان الاحاطة به وقال سائر
اصحابنا يحلف انه لا يعلم انه ولد على فراش ابيه ونقل عنه انه قال في الاولى عليه يسلم
المبيع اليه وقال سائر اصحابنا يحلف بالله ما يعلم انه عاجز عن التسليم وهذه عبارته فلعله
ولعل فيها خللا من ناقل ٥ **قال الدبيلي** اذا ادعى رجل على ابيه مالا حلف انه لا يعلم
ان له على ابيه ذلك ثم ان كان الحالف يتاول انه ما سمع من ابيه ان لاحد عليه شيء ولا
وجد خطه فيتحاشى على اليمين على العلم فيجب ان يطالع قلبه فان غلب على ظنه صدق المدعي
لا يحلف انه لا يعلم وقد وقع في خلده صدق دعواه بما ذكر من العلامات وغيرها
وان لم يقع في خلده صدق دعواه فحينئذ يجوز ان يحلف العلم انتهى **قال**
ولو قال جنى عندك على بما يوجب كذا فالاصح حلفه على البت **قلت** ولو قال جنت
بهيمتك حلف على البت قطعا والله اعلم **فيه صورتان الاولى** اذا ادعى
على انسان ان عبده جنى عليه بما يوجب كذا فانكر فطريقان احدهما انه يحلف على
نفي العلم لانه حلف يتعلق بفعل الغير وعليها اقتصر الداركي والقاضي ابو الطيب
وابن الصباغ والفوراني في العمد وشريح الروياني في روضته وهو قضية اطلاق
المحاملي والماوردي والجرجاني والشيرازي والعمراني والشاشي وغيرهم من
العراقيين وغيرهم ومنهم الفوراني في ابانته والجويني في مختصره والغزالي في خلاصته
وسيأتي عن القفال ما يوافقه واختاره الامام والطريقة الثانية حكاها بعض

المراوزة وعليها جرى الرافعي انه على وجهين اصحهما في تهذيب البغوي وتعليقه
انه يحلف على البت لان عبده ماله فهو في الحقيقة يمين في حق نفسه وتبعه الرافعي
على ترجيحه ولم اره لغيره بل ارسل ابرهيم المروذي والغزالي وغيرهما الوجهين قال
الرافعي وربما بني الوجهان على ان ارش الجناية يتعلق بمحض الرقبة ام تتعلق
بالرقبة والذمة جميعا حتى يتبع بما فضل بعد العتق فان قلنا بالاول حلف على
البت لانه يحلف ويخاصم لنفسه وان قلنا بالثاني فعلى العلم لان للعبد على هذا ذمة
تتعلق بها الحقوق والرقبة كالمرتهنة بما عليه انتهى دقوقا وربما يتبادر اخذه من قول
البغوي ويمكن بناء الوجهين وبالبت جزم ابرهيم المروذي ونقله الغزالي في البسيط
والامام في النهاية عن الاصحاب قال الامام في باب موضع اليمين وبنى الاصحاب الوجهين
على كذا فذكره ثم قال والذي اراه ان يقتصر على نفي العلم وان لم يثبت للعبد ذمة انتهى وفي
تعليق البغوي قال الشافعي لو رهن عبده ثم ادعى ان العبد قد جنى قبل الرهن وقلنا
القول قول المرتهن حلف انه لا يعلم انه جنى وهذا مطرد الا في مسلة ثم ذكر مسلة الكتاب
كما سبق وبنى الاصحاب الوجهين على كذا فذكره ثم قال والذي اراه ان يقتصر على نفي
العلم انتهى **اذا علمت هذا** فاعلم ان قضيته البناء ان يكون الاصح عند الامام
والغزالي وغيرهما الحلف على نفي العلم كما اراه الامام لان الصحيح عندهم ان ذمة العبد
مشغولة بجنايته كما سبق هناك وذكرنا ان القاضي الطبري وغيره رووا ان الاصح
التعلق بذمته ايضا مع جزمهم ههنا بما سبق ولم يلووا على البناء المذكور وسبق ان
محل الخلاف في التعلق اذا اعترف السيد بالجناية فان انكر تعلقت بذمته قطعا
لا عوده اجابا في اوايل كتاب الاقرار وقال الامام لا وجه الا القطع به دعن الفيابين
طرد الخلاف في هذه الحالة ايضا واذا احطت علما بما اوردناه علمت ان الجمهور على الحلف
على العلم خلافا للبغوي ومن تبعه **الصورة الثانية** اذا ادعى عليه ان بهيمته
اتلفت زرعا او غيره حيث يجب الضمان باتلافها فانكر فالذي اورده البغوي وغيره
انه يحلف على البت وجعله دليلا لما رجحه في مسلة العبد ووجه بان البهيمة لا ذمة
لها والمالك لا يضمن بفعلها وانما يضمن بالتقصير في حفظها وهذا امر يتعلق بنفس
الحالف فرع نفس من بعض صور المسلة شي ولم اقف على كلام العراقيين فيها واشار في

الوسيط الى تردد فيها حيث قال فالظاهر انه يلزمه البت **تنبيهان**
اطلق المصنف انه يحلف في فعل عبده على البت على الاصح ولم يفرق بين الحاضر والغايب
ولا بين الماذون له في التجارة والمكاتب وغيرهما ولم ار في ذلك نصا ولو مات الماذون
او المكاتب او عامل القراض الحر وقد عاملا ودعت الحاجة الى تحليف المالك نفيا
واثباتا فكيف الحال اذا لم يمكن له الاطلاع على تصرفهما اصولهما لو مات موروثه لم يحلف
هنا على البت كفعل نفسه هذا يحتاج الى تحرير ونقل خاص من كلامهم وكذلك لو
مات الوكيل بعد التصرف والمبادر من اطلاقهم فيه وفي عامل القراض انه يحلف
على العلم ○ اطلق المصنف وغيره انه يحلف في نفي فعل بهيمته على البت من غير
فرق بين كونها في يده حالة الاتلاف المضمن او لا كان معها او لم يكن والظاهر
انها اذا كانت في يد الغير ممن يتوجه عليه الضمان باتلافها ان الدعوى والحلف عليه
دون مالكها لا محالة نعم لو كانت في يد عبده هل يجري الخلاف السابق في فعل العبد
ام لا فيه نظر وصرح ابن الصلاح بانه لو كانت الدابة بيد لغيره ان الدعوى واليمين عليه
ويحلف على القطع فان فعلها منسوب اليه وفعل الغير اذا كان منسوبا الى المدعى
عليه حلف على انتهى وفي النفس شي من تحليف المالك على البت اذا كانت البهيمة
او العبد غايبا عنه وبعد اطلاعه على فعلهما وهو يقول لا اعلم شيا من ذلك وحينيذ
يجعل ناكلا ويحلف المدعي او يحلف على نفي العلم الاقرب الى كلامهم الاول وقد ياتي
ما يشهد للثاني في الفرع الاتي **فروع** تقدم انه اذا نفى البايع العيب
حلف على البت لقد باعه هذا وما به هذا العيب لا على نفي العلم هكذا جزما به قالا
ويجوز اليمين على البت اذا اختبر حال العبد وعلم خفايا امره وعند عدم الاختبار
يجوز ايضا اعتمادا على ظاهر السلامة اذا لم يعلم ولا ظن خلافه قلت وفيه نظر
اذا كان العيب مما يكثر وجوده وفي الحاوي في باب الخلاف في الشاهد مع اليمين انه
لو باع ابن خمس عشرة سنة شرق عبدا امرسا ابن مائة سنة فانتفى من المشتري واراد
تحليفه لقد باعه بريا من الاباق روايةً وجهين عن الاصحاب احدهما على البت بانها
على نفي العلم لان نفي العلم غاية ما يقدر عليه فيحلف لقد باعه وما علم انه ابق قال
الدارمي هنا لو باع بالبراة فظهر على عيب حلف البايع انه باع لا يعلم به وكان مراده

ما ذكره البغوي هناك انا اذا صححنا البيع بشرط البراءة فقال المشتري علمت
هذا العيب وكتمته فقال لم اعلمه حلف لقد بعته وما علمت به عيبا كتمته وقال
شريح اذا باع حيوانا بشرط البراءة فادعى المشتري عيبا كان به وان البائع علمه
وقلنا لا يبرأ البائع من عيب علمه حلف لقد باعه وسلمه وما يعلم به هذا العيب ٥ ولو
باع عبدا او عرضه عليه ثم جاء المشتري فقال العيب اكثر مما قدرته وعلمته فله الرد
ويحلف بالله لم اعلم قدره والآن فقد وقف عليه او انه زايد عما علمه وهكذا الحكم
اذا اشترى شيئا ورآه وقال لم اعلم عيبا واحتمل ان لا يكون قد اطلع عليه حلف
ما علمه يوم شراه كذا ذكره شريح وينبغي ان يحلف انه ما علمه حين شراه ولا حين قبضه
ولا بين ذلك او ما علمه من حين شراه الى ان قبضه اياه **قال** ويجوز البت
اي الحلف على البت بظن مؤكد يعتمد خطه او خط ابيه ٥ سبق الكلام على هذه
المسألة في ادب القضاء واقتصر هناك على انه يحلف اعتمادا على خط مورثه اذا وثق
بامانته وحفظه وانه لا يعتمد على خط نفسه الا ان يتذكر ونسباه الى الشامل
زاد في الشرح الصغير وغيره وعبارة الشامل فيما رأيته اذا وجد بخط نفسه
بحق على انسان شيئا فلا يطالب به ويحلف عليه حتى يتيقنه وكان الفرق انه في خط
نفسه يمكنه التذكر بخلاف خط ابيه والمشهور ما اورداه هاهنا من اعتماد الخط
وممن جزم به البندنيجي والروياني والامام والغزالي وغيرهم والحقوا بذلك
اخبار العدل الواحد قال الدارمي ولو عبدا وامرأة اذا وقع له العلم يعني غلبة
الظن بصدقه وقال الماوردي في باب التحفظ في الشهادة اذا اراد ان يطالب
بحق لمسه من ملك وغيره فان علم به من وجه يصح ان يشهد به لغيره فله دعواه والحلف
عليه بيمين الرد ومع الشاهد وان عرفه من وجه لا يصح الشهادة بمثله بان اخبره به
واحد او وجده مكتوبا في حساب او كتاب فينظر ان يشكك فيه ولم يثق بصحته وصدقه
فله المطالبة به لجواز ان يعترف به المطلوب فيعلم صحته ولا يجوز له ان يدعيه
عند الحاكم ان انكره ولا ان يحلف عليه بيمين الرد وان وقع في نفسه صدق المخبر
وصحة الحساب والكتاب فله الدعوى به عند الحكام واختلف اصحابنا في جواز
حلفه بيمين الرد او مع شاهد على وجهين احدهما المنع لانه عرف بغالب الظن يجوز

ان يكون في الباطن بخلافه وجعله قايله الظاهر من كلام الشافعي واصحهما
يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للانصار يحلفون وتستحقون دم صاحبكم وقد
غابوا عن قتله وقياسا على الرواية انتهى وهذا اصح والمشهور في قوله انه اذا شكك
لا يجوز الدعوى عند الحاكم نظر بل المتجه ان له الدعوى وطلب يمينه لعلى ان نقر
فيحصل المطلوب **تنبيهان احدها** قال الرافعي هنا لا يشترط في
الحلف على البت اليقين بل يجوز بناء على ظن مؤكد من خطه او خط ابيه او نكول خصمه
قلت اما خط نفسه فقد بينا النزاع فيه واما خط الاب فالاب مثال لا قيد
واما نكول الخصم ففيه نزاع قال الامام في كتاب الوديعة ان المذهب انه اذا ادعى
المودع التلف ونكل عن اليمين ان المالك يحلف على نفي العلم وان من اصحابنا من
يكلفه جزم اليمين لان من الممكن ان يطلع على بقاء العين في الوقت الذي
ذكر المودع تلفها فيه وعلى ما ذكره انه المذهب اقتصر الرافعي والمصنف هناك
ثانيها قال ابن الرفعة اذا غلب على ظنه كذب ابيه فيما وجد بخطه لم يجز له
الاقدام على اليمين وكذا لو استوى الاحتمالان عنده فيما يظهر وفي النهاية
ان المودع لو ادعى تلف الوديعة في يده ومات قبل ان يحلف حلفه الوارث
في اليمين اذا غلب على ظنه صدقه او علمه ولو استوى احتمال الصدق والكذب
ففيه خلاف ووجه الجواز اعتضاد اليمين ببراءة ذمة الوارث وسلامة التركة
وهذا التوجيه لا يختص هنا مطلقا فلذلك **قلت** لا يتجه الحلف ويؤيده ان
القاضي الحسين قال قال اصحابنا انما يحلفه ان له عليه ذلك الذي رآه بخط ابيه
اذا كان لو وجد بخط ابيه اذا كان لو وجد بخط ابيه ان لفلان عليه كذا
يصدق ولا يرضى لنفسه ان يحلف على نفيه وقال ان القفال قال لاجل ذلك
اذا رأى بخط ابيه ان لفلان عليه كذا وكان ابوه من الامانة عنده بحيث لو رأى
بخطه ان له على الغير مالا لا يستحي ان يحلف عليه للاستيفاء فلا يجوز له في مسألتنا الحلف
والا فلا يجوز انتهى وسبق ان الدبيلي قال انه اذا غلب على ظنه صدق من ادعى على ابيه
مالا انه لا يجوز له ان يحلف انه لا يعلم ذلك والآحاد **ثالثها** في البسيط في مسألة
الغراب اذا قال لزوجته ان كان غرابا فانت طالق وانكر الزوج فعليه ان يحلف على

البت انه لم يكن غرابا او شكل حتى يحلف على البت انه كان غرابا ولو علق دخولها
او دخول غيرها فنازعا اكتفى منه بيمين على نفي العلم بالدخول هكذا قاله القاضي
وليس بين فرق بينهما اصلا بل ينبغي ان يقال عليه بيمين جازمة او نكول في
المسئلتين جميعا قال ابن ابي الدم ههنا ومن العجب توجه بالعجز عن الفرق وعندي
انه ظاهر جدا لان تعليق الطلاق على دخول زيد تعليق على فعل مجرد من زيد قطعا
فيحلف نافيه على نفي العلم لان كل من حلف على غيره هل وجد منه حلف كذلك اما مسئلة
الغراب فليست تعليقا على فعل الغير قطعا بل تعليقا على كون هذا الطائر المشاهد
نصفه كونه غرابا واذا لم يكن تعليقا على الغير ووجوده بل على تحقق كونه غرابا حلف
من نفي وجود الصفة الحقيقية على البت بان هذه الصفة لم توجد لانه ليس
بنفي فعل غيره وابطال القول في تقرير الفرق وبيان عدم الموازنة بين الصورتين
والامام فرق كما ذكر الرافعي بان الدخول هنا فعل الغير والحلف على نفي فعل الغير
يكون على العلم ونفي الغرابية ليس كذلك بل هو نفي صفة في الغير ونفي الصفة كثبوتها
في امكان الاطلاع واذا كان الشيء مما يطلع عليه في الجملة لم يعتبر القاطع بان يفرض
تعذره او عسره بان كان الطيران في الليلة المظلمة والرجل في كن ولم يكن الامر
في مظنة البحث والمراجعة قال في البسيط وفي القلب من الفرق بين نفي الغرابية
ونفي الدخول شيء قلنا قال الرافعي وتشبيه ان يقال انما يلزمه الحلف على نفي
الغرابية اذا تعرض في الجواب لذلك اما اذا اقتصر على قوله ليست بمطلقة فينبغي ان
يكتفي منه بذلك كما في نظايره انتهى والغزالي رحمه الله اطلع على فرق امامه ولم
يرتضه وهو للامام لا للمعترض وقد يشكل على ذلك مسئلة الوديعة السابقة حيث
جعلوا المذهب انه يحلف على نفي العلم وليس يحلف على نفي فعل الغير والاطلاع عليها
ممكن **اشارة** ذكر الماوردي فصلا جامعا لكيفية اليمين وامورها نفيا
واثباتا لخصته من الغنية وهو مشتمل على فوائد يتعين الوقوف عليها لمريد التحقيق
قال ويعتبر نية القاضي المستحلف اي يحنث في محل التحليف واجتماع شروط
سواء وافقه الحالف في المذهب او خالفه مجتهدا كان الحالف او مقلدا والا لضاعت
الحقوق وتعطلت الاحكام وحلف كل احد على ما يقصده او يعتقده واسند الاصحاب

بما في صحيح مسلم يمينك على ما يصدقك به صاحبك وفي لفظ له اليمين على نية المستحلف
وحملوه على الحاكم الذي له ولاية التحليف دون غيره من الولاة الظلمة والاحاد
كما بيناه في كتاب الايمان ولابد من عرض القاضي اليمين على الحالف لحديث ركانة
رضي الله عنه حين حلف من تلقا نفسه فحلفه النبي صلى الله عليه وسلم ثانيا **قال**
فلو ورى او استثنى بحيث لا يسمع القاضي اي استثناه اما لكونه بقلبه او تلفظ
به سرا لم يدفع اثم اليمين الفاجرة لما بيناه وعبارة الرافعي وغيره والمعتبر نية القاضي
وعقيدته اما النية فالتورية والتاويل بخلاف قصد القاضي لا يغني ولا يدفع
اثم اليمين الفاجرة الى ان قال واما العقيدة فاذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار
والقاضي يراها فانكر فليس له ان يحلف على اعتقاده بل عليه اتباع القاضي ويلزمه
في الظاهر ما الزمه وهل يلزمه في الباطن فيه خلاف في ان الحنفي اذا حكم للشافعي
بشفعة الجار هل يحل له وهو **اذا علمت هذا** فعبارة المحرر والنظر في اليمين
الى نية القاضي المستحلف والتورية والتاويل على خلاف قصد القاضي وعقيدته
لا تدفع اثم اليمين الفاجرة والمنهاج عبر بما سبق وفيه اخلال بمسئلة العقيدة
وقد تعد من امثلتها ما لو كان الحالف يرى النقاص في الديون مذهبا او تقليدا او
القاضي لا ابراه الا بالتراضي او بالابراء فحلف على عقيدته كان انتهاكا واما الجمع بين
التورية والتاويل فلم يتضح لي وجهه فان كانا غيرين فقد اخل ايضا **واما قوله**
او استثنى بحيث لا يسمع القاضي فكذا قاله الرافعي والامام والغزالي وجعلا
تلفظه بالاستثناء سرا باطلا واليمين معه منعقدة على الحنث قال الامام وفي تعليق
معتمد عن القاضي انه لو حلف مستثنيا على عقد نفسه حنث في الظاهر وكلام حنفي
عن المحصل فان لزوم الكفارة ليس مما يختلف فيه الظاهر والباطن وكذلك اذا
حلف الرجل يمينا فاجرة وعقبها بالاستثناء بحيث يسمع نفسه فلا حكم للاستثناء
اصلا ظاهرا وباطنا وهذا مما اتفق اصحابنا عليه والولاة لما انشئ مقصود في كلف
فان احدا لا يعجز عن هذا وقال القاضي لا يسمعه الاستثناء في الظاهر وينفعه فيما بينه
وبين الله في وجوب الكفارة وهذا الكلام مستحسن ومن التفت في ردة وقال الغزالي
في البسيط لو عقب اليمين باستثناء به وهو قوله ان شاء الله اسمعه القاضي اليمين

صداح

لانه طلب يمينا جازمة ولم يات بها فان اسمع الاستثناء نفسه ولم يسمع القاضي
انعقدت اليمين فاجرة موثمة موجبة للكفارة ظاهرا او باطنا وفي بعض التعاليق
عن القاضي انه يحنث ظاهرا وهذا اي كالغلط فنه على المعلق انتهى واعلم ان هذا
الموضع وقع فيه خبط فقال ابرهيم المروذي واذا استثنى في مجلس الحكم لم ينفعه
في الظاهر وينفعه فيما بينه وبين الله في وجوب الكفارة انتهى واطلاقه يقتضي
انعقادها وان اسمع القاضي الاستثناء وهو بعيد فليحمل على ما حل عن القاضي وعبارة
التهذيب ولو حلفه الحاكم واستثنى بطران استثنى بقلبه لا يعمل الاستثناء لا
ظاهرا ولا باطنا وكانت يمينه يمينا وان استثنى بلسانه او وصله شرطا لم تنعقد
يمينه وان سمعه الحاكم عزره واعاد عليه اليمين وان وصله بكلام لم يفهمه القاضي
او بزاه يحرك لسانه منعه منه واعاد اليمين عليه من اولها فان قال لنت اذكر الله
قيل ليس هذا موضعه انتهى وتبعه صاحب الكافي وقال في تعليقه ولو استثنى
بلسانه لم تنعقد يمينه وصح استثناؤه ولو سمع القاضي بذلك عزره واعاد عليه اليمين
انتهى وذكر ابن الرفعة في الكفاية واذا استثنى باللسان فان سمعه الحاكم نهاه عنه
واعاد اليمين وان لم يسمعه او وصل باللفظ شرطا بقلبه وبينه انعقدت يمينه ولم
يدفع ذلك اثم اليمين الفاجرة ورايت فيما وقفت عليه من تعليق القاضي الحسين
انه اذا استثنى بلسانه ولم يسمعه القاضي لم تنعقد يمينه وينفعه ذلك فيما بينه
وبين الله في حق الكفارة وان استثنى بالعزم لم ينفعه ذلك لانه يودي الى تعطيل
الاحكام بخلاف الاستثناء باللفظ لانه يسمع القاضي وهو ممنوع منه وان لم يسمع
يكون نادرا ولا عبرة بالنوادر انتهى فاقتضى ما في تعليق القاضي والبغوي والتهذيب
والكافي انه اذا تلفظ بالاستثناء لا تنعقد يمينه سوا سمعه القاضي ام لا وانه يلزمه
الاثم في الظاهر عند المخالفة وكلام الامام والغزالي والرافعي يفهم انعقادها
حالة اسراره الاستثناء وبين العبارتين تفاوت ونظير لذلك ثمرات لا تخفى وعبارة
الرافعي تفهم ان البغوي فصل بين الاستثناء المسموع وغيره حيث قال ولو استثنى
او وصل باللفظ شرطا بقلبه وبينه او فعل ذلك بلسانه ولكن لم يسمعه الحاكم فكذلك
وان سمعه عزره الى قوله كذلك ذكره في التهذيب والذي في التهذيب على ما رايته ما

بد منه وعبارة الماوردي فلو قال بعد يمينه ان شاء الله اعادها عليه وكذا
لو علقها بشرط او وصلها بكلام لم يفهمه الحاكم او قطعها الحالف او ادخل في
اثنائها ما ليس منها اعادها الحاكم عليه من اولها وزجره عليه ان عمد حتى
تخلص اليمين من غير استثناء يرفعها او شرط يفسدها او ادخال كلام يقطعها او
سكوت يبطل ما تقدمها انتهى والظاهر انه لو استثنى خفية فبلغه من حضر
القاضي كان الحكم كما لو سمعه في عدم انعقاد اليمين ه واعلم ان اطلاق
البغوي ومن تبعه القول بالتعزير اذا سمعه القاضي بعيد غريب لم اره لغيره نعم
ينهاه عنه ويعلمه انه لا ينفعه لانه قد يعتقد جوازه لكونه مخفيا باطنا او يفعله
جهلا او يجري على لسانه لكونه عادة له واذا احتمل ذلك لم يجز المبادرة الى
تعزيره فان عاد وظهر للحاكم اللدد والعناد عزره حينئذ **تنبيهات**
وتتمات منها ذكر القاضي في اعتبار النية مثال من له ولاية التحليف
من الامام الاعظم ووزيره والمنصوب للمظالم وامين الناحية اذا كانوا ممن له
ولاية الفصل بين الخصوم بحيث يصح اداء الشهادة عنده كما سبق في الشهادات
وكذلك من بدله القاضي للتحليف من ثقاته وكذلك المحكم اذا رضينا بحكمه فيما يظهر
ومنها لا خفاء ان موضع اعتبار نية القاضي المستحلف كما اشرنا اليه حيث توجه
اليمين شرعا على المحلف اما لو حلفه قبل سوال المدعي ذلك وقلنا بالمذهب انه لا
يعتد بها او حلفه بالطلب عن دعوى فاسدة او ناقصة لا عن اجتهاد او حيث لا
يلزمه الحلف او حلفه على نفي العلم والحال يقتضي حلفه على البت وما اشبه ذلك انه
في ذلك يحلف عند الحاكم والنية نية الحالف والتورية وان لم يحنث بها اذا حلفه
من ليس له ولاية التحليف او من له ولاية في غير محل اليمين فلا يجوز فعلها حيث
ومنها قال يبطل بها حق المستحق بلا خلاف ونقل في شرح مسلم الاجماع عليه
قال في شرح مسلم لو حلفه القاضي بالطلاق او العتاق تنفعه التورية ويكون الاعتبار
بنية الحالف لان القاضي ليس له التحليف بهما انتهى وقال ابن المنذر ليس للحاكم
ان يحلف بالطلاق والعتاق والحج والسلام وما اشبه ذلك لا اعلم احدا من اهل العلم
يرى ان يستحلف بشيء من ذلك وقال الماوردي في باب موضع اليمين ولا يجوز ان

بطلاق ولا عتاق ولا نذر لانها تخرج من حكم اليمين الى ايقاع فرقة والتزام
غرم وهو مبتدع فلو بلغ الامام ان حاكما يستحلف الناس بالطلاق والعتاق
عزله عن الحكم لانه جاهل انتهى وهذا وما تقدمه ظاهر اذا كان القاضي لا يراه
فان رآه كما حكي عن بعض اصحاب ابي حنيفة ان الخصم اذا طلب ذلك من الحاكم والح
عليه انه يجيبه اليه ذكره صاحب الهداية وغيره منهم فيكون كالتحليف بالله لا تصح فيه
التورية ونحوها وحينئذ اما انه لم يثبت عند الائمة هذا الخلاف او رأوه ساقط
الاعتبار فاطرحوه **ومنها** سبق بيان نفوذ حكم القاضي الجاهل والفاسق
وعدمه واضحا وبينا ما قيل فيه وما حضرناه فتامله مع ما ذكرنا هنا وهل يعتبر في كل
من وضع قاضيا وان اخل بالاهلية المعتبرة او بعضها ام لا يعتبر الا نية القاضي
العدل الاهل والظاهر ان كل من نفذنا حكمه اعتبرنا تحليفه ونيته ومن لا فلا
والله اعلم **ومنها** ذكر القاضي الحسين في الفتاوى ان التتابع في اليمين هل يكون
القاضي شرط وانه لا باس بفصل يسير يقع كالفصل بين الايجاب والقبول وسبق
الطلاق الماوردي ان السكوت يقطعها ويعيدها الحاكم عليه وما ذكره القاضي
ظاهر اذا اتى بها القاضي اما لو لم يتابعها لعذر كرد سلام ونحوه او حضر اذ عي
ولم يتفاحش الفصل ولم يعد معرضا عن اتمام الكلام ومتابعته فالظاهر الاجزا
وكذلك لو فرق الحالف الالفاظ لحصر او عي او لكنة بان كان تمتاما او فافاء ونحوهما
فهذا مطرح لا يقدح في موالاة اليمين **ومنها** قولهم لم يدفع اثم اليمين الفاجرة
قد يؤخذ منه ما سبق عن ابي العباس الروياني انه لو كان عليه دين مؤجل فحلف انه لا
شيء عليه يلزمه توفيره انه لا يحنث وحملناه على ما اذا قصد ذلك ومثله المعسر باطنا
الذي لا يصدق في قوله اذا نوى ذلك يكون بارا او سفعه التورية وسبق في التفليس
او غيره نقل ذلك عن المزني وغيره على تفصيل فيه وان بعضهم اطلق البر ولم يذكر
تورية وان بعضهم منع ذلك مع التورية واعتل بان الحاكم اذا كان عدلا لا يحبسه
الا بعد الكشف عن حاله واعلم انه مر بي في كلام الامام وغيره ما معناه انه لو كان الحكم
يجري عليه في الظاهر على خلاف الباطن ولا يصدق لو شرح الحال انه لا يجوز له التورية
وينفعه في هذا المحل وهو واضح **ومنها** قال الرافعي اذا ادعى حنفي على شافعي شفعة

الجار والقاضي يراها فليس للمطلوب ان يحلف بناء على اعتقاده انها لا تجب عليه
اتباع القاضي ويلزمه في الظاهر ما الزمه القاضي وهل يلزمه باطنا وجهان وهذا
الخلاف كالخلاف في ان الحنفي اذا حكم للشافعي بشفعة الجار هل يحل له
او هو ومثل الاكثرين الى الحل وهو الجواب في فتاوى القفال ويوافقه ما اتفقوا
عليه هنا من ترجيح اللزوم وعن صاحب التقريب ان القضا في المجتهدات ينفذ في حق
المقلد ظاهرا وباطنا ولا ينفذ في حق المجتهد باطنا حتى لو خالف مجتهد او حلف
على موجب اجتهاده لم ياثم انتهى وفي البسيط وذكر صاحب التقريب امرا بديعا فقال
ينفذ قضا القاضي على العوام في المجتهدات ظاهرا وباطنا وهل ينفذ على المجتهد
المقضي باطنا فعلى وجهين وهذا لا وجه له فان المجتهد لا يقلد غيره فيما هو اجتهاده
واما تقليد القضا فلا بد منه ولم يزل الخلفا يقضون على المفتين مع اختلاف
المذاهب انتهى وعبارة النهاية وذكر صاحب التقريب امرا بديعا لم اره لغيره فقال
القضا ينفذ ظاهرا على العوام وان اختلفت مذاهبهم فان كان المقضي عليه
مجتهدا وقد خالف مذهبه مذهب القاضي فهل ينفذ قضا القاضي عليه ظاهرا
على خلاف عقده ذكر في ذلك وجهين احدهما ينفذ وهو الذي قطع به الاصحاب والثاني
لا ينفذ لان المجتهد مستقل بنفسه في نظره وليس له ان يتبع غيره وليس للغير
ان يستتبعه وهذا غريب في حكم المنقول انتهى لا اعتداد به لان القول به يؤدي
الى خرق منصب القضاة على انه مراغمة لما مضى عليه الاولون فان اقضية الخلفا
ومن بعدهم كانت تنفذ على ائمة الدين فلا وجه الا هذا وانما الخلاف في الباطن
كما ذكرناه انتهى وجرى الغزالي على هذا التنزيل وتبعه الرافعي وقول الرافعي
ويوافقه ما اتفقوا عليه هنا من ترجيح اللزوم ممنوع فان المجزوم به في تعليق القاضي
ابي الطيب انه انما يعتبر نية الحالف فيما كان محقا عنده واما ما هو حق عند
الحاكم كالحاكم يرى شفعة الجوار والحالف لا يراها فيحلف انه لا يستحق عليه الشفعة
ويعتمد على قول نفسه فانه يكون اثما في يمينه انتهى ويشبه ان يقال ان كان
مذهب القاضي المستحلف في الواقعة متماسك الماخذ بحيث لا ينقض حكمه فيها فالحكم
ما سبق وعقيدته وان كان واهيا بحيث ينقض حكمه فيها لمخالفته النص او القياس

الجلي فيكون للحالف العالم التورية ولا يأثم بها اذا لم يتوسل بها الى ابطال حق شرعي يلزمه الخروج منه **فرع** في المهذب والتهذيب وغيرهما انه لو كان الحالف لا يفهم اشارته توقف الى ان يفهم فان قال المدعي انا احلف لم يكن له ذلك لان يمينه تتعلق بنكول المدعى عليه ولم يوخذ نكوله انتهى وهذا مشكل الآن يكون التصوير فيمن رجا افهامه اما غيره فهو مولى عليه وسيأتي بيان ذلك ثم رأيت صاحب الانتصار بعد نقله وقف اليمين الى ان تفهم اشارته وهذا فيه نظر فانه تأخير للحق الى غاية ثم ذكر انه لا ترد اليمين بطلب المدعي اذ لا نكول **فرع** لا يسوغ للقاضي ان يحلف السكران مدعيا كان او مدعا عليه حتى يعلم ما يقول وما يقال له ويتزجر عن اليمين الفاجرة فان حلفه في حال السكر فعلى الخلاف السابق في انه كالصاحي او كالمجنون قال الرافعي في كتاب القسامة والاظهر الاول وعن القاضي ابي حامد والماسرخسي ترجيح الثاني وادعى القاضي الحسين انه الظاهر من المذهب ولتخصيصه في العاصي بسكره اما غيره فكالمجنون قطعا لانه غير مكلف **قال** ومن توجهت عليه يمين لو اقر بمطلوبها لزمه فانكر حلف ولا يحلف قاض على تركه الظلم في حكمه ولا شاهد انه لم يكذب ولو قال مدعى عليه انا صبي لم يحلف ووقف حتى يبلغ **اعلم ان عبارة** المحرر والشرحين والروضة وغيرها ومن توجهت عليه دعوى قال الشيخ برهان الدين الفزاري وغيره وهو الصواب انتهى والظاهر ان قول المنهاج يمين سبق قلم ويحتمل انه عن قصد وانما عدل الى لفظة يمين لانه قد تطلب اليمين من غير دعوى كما اذا طلب القاذف يمين المقذوف او وارثه على انه ما زنا فانه اذا ادعى وطلب اليمين او طلبها من غير دعوى اجيب الى تحليفه على الصحيح وله غرض ان لا يدعي الزنا لئلا يكون قذفا ثانيا وساد بل توجه اليمين لمعنى وجوبها فمتى توجهت عليه يمين وجبت لكن قوله من بعد فانكر غير منتظم لان الانكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين الآن يريد انه صمم على الانكار انتهى وهذا المحل للكلام رحمه الله والاخير لا يكون هكذا واصل هذه القاعدة ان الامام حكى عن القاضي الحسين اصلا ضابطا فيما يجري التحليف فيه قال فيقال كل ما يجري التحليف فيه اذا فعل وجبت احدها انه حق ان تدعي حقا والثاني يكفي

اخرجه

ان يدعي ما لو اقر به لنفع اذا كان لا يؤدي الى فساد احترازا من تحليف القاضي والشاهد وعبر عن هذا الاصل بعبارة اخرى وهي ان ما ليس بحق ولكن ينفع في الحق هل تسمع الدعوى به وجهان وخرج على ذلك مسائل كثيرة **منها** ان يدعي انه اقر له بكذا هل تسمع واصح الوجهين في فتاوي القاضي السماع فلو قال يلزمك تسليم الاقرار من جهة انك اقررت لي فلا تسمع وجها واحدا ولو ادعت انه اقر ببطلان نكاحها سمعت في ظاهر المذهب انتهى (و) او انه يعلم فسق شهوده او كذبهم وغيرهما مما لا يحصر وقد منا صورا متفرقة في مواضع والترجيح فيها مختلف وسبق ان الصحيح تحليف المقذوف او وارثه على عدم زناه قال ابن القاص يحلف بالله انه عفيف وقال ابو زيد يحلف انه ليس بزان وسبق انه لو ادعى انه بلغ رشيدا وان اباه يعلم ذلك وطلب يمينه لم يحلف على الصحيح مع انه لو اقر الاب به نفعه انه انعزل واستثنى من هذا الضابط القاضي المنعزل والمعزول والشاهد فلا يحلفون على خلاف فيهما سبق بيانه **واعلم ان** الدعوى قد تسمع لغرض اقامة البينة لا للتحليف كالدعوى على الوصي وقيم القاضي ولا يحلفان اذ لو اقر الغا وحينئذ يستثنيان من الضابط على الوجه الاول دون الثاني وسبق انه لو ادعى على القاضي انه زوجه بمجنونة سمعت دعواه وعمل باقرار القاضي به وان انكر لم يحلف قاله القاضي الحسين **تنبيهات وفوائد وفروع منها** قال الرافعي الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة وقد قيل من توجهت عليه دعوى لو اقر بمطلوبها الزم به فاذا انكر يحلف عليه ويقبل منه ولا بد من استثناء صور عن هذا الضبط فنوردها مع ما يخرج منه ويدخل فيه انتهى **قيل** هل هذا خلاف في تحرير الضابط كما هو المتبادر وظاهر كلام الروضة **قد** يحتمل ان العبارة الثانية شرح للاولى لان الدعوى الصحيحة هي التي لو اقر بمطلوبها الزم به اي بالحق لانما يكون طريقا الى الحق ويحتمل ان يريد ما اراده الامام في عبارته الثانية ويكون مراده بقوله الزم به اي بمقصوده وهو النفع الذي صرح به وعبارة الرافعي مشعرة الى انه لم يرد اختلاف المعنى انظر قوله عن هذا الضبط ولم يقل الضبطين وايضا فانه في المحرر والشرح الصغير اقتصر على العبارة الثانية مع ان المذكور في الوجيز الاول فقط فلو كانت ضعيفة عنده

او مخالفه لما في الوجيز لما اقتصر عليها ثم تؤول قوله الزم به كما تقدم وبه تظهر
انه اختار الوجه الثاني في رواية الامام وهو قوله والثاني يكفي ان يدعي ما لو
اقر به لنفع الى آخره اوراى ان ذلك اختلاف في الضبط مع الحاجة الى الاستثنا من كل
منهما ومثل ذلك لا يعد اختلافا فقهيا هكذا قاله بعض محققي العصر رحمه الله ورايت
في تعليق ابرهيم المروذي بعد ذكره عن ابي حنيفة انه لا مدخل عنده لليمين في النكاح
والطلاق والعتاق والنفي والرجعة والولا والنسب وعلل بان اليمين للنكول
والنكول يجري مجرى البدل وهذه الاشيا لا يجري فيها البدل وعندنا كل حكومة تسمع
فيها الدعوى ويقضي فيها بالبينة فتتوجه اليمين فيها على المدعى عليه اذا لم يود الى
فساد عدنا اليها وعد بذكر ما يدخل في الضابط ويخرج منه فيجري التحليف في النكاح
والطلاق والرجعة وفيئة المولي ونفي العنة والاستيلاد والولا والنسب وحدود
الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ولا تطلب الجواب لانها ليست حقا للمدعي نعم ان تعلق
به حق آدمي كمسئلة القاذف وكالمسروق ماله تسمع دعواه للمال ويحلف الخصم
فان نكل حلف المدعي واستحق المال ولا قطع لان حقوق الله تعالى لا تثبت باليمين
المردودة اي على الصواب واذا اقر بما يوجب الحد وادعى شبهة فان وطي جارية ابيه
وقال ظننتها تحل لي وهو ممن يجوز ان يشتبه عليه مثله حلف اي كما نص عليه في الام وسقط
بحلفه الحد ويلزمه المهر قال وتسمع الدعوى ويجري التحليف في القصاص وحد
القذف وفي الشتم والضرب الموجبين للتعزير اي فيحلف كما روي عن النص انه ما شتمه
هذا الشتم ولا ضربه هذا الضرب الذي يدعيه قال شريح الروياني ومن اصحابنا من
قال يحلف ما له عليه بهذا الذي يدعيه شي ولا حق ولا طلبه انتهى ثم ذكر [illegible] تحليف
القاضي المستمر والمعزول والشاهد وسبق بيانه ثم قال والصبي اذا ادعى البلوغ
بالاحتلام في وقت الامكان صدق ولا يحلف ومن ادعى عليه شي وقال انا صبي بعد
وهو محتمل لم يحلف ووقفت الخصومة الى ان يتحقق بلوغه وان وقع في السبي نبات
وادعى انه استنبته بالعلاج فان قلنا الانبات بلوغ فكلامه لغو وان قلنا انه علامة
وهو الاصح والمشهور والمحكي عن النص حلف وفيه اشكال لانه يدعي الصبي وتحليف
من يدعي الصبي لا وجه له فقيل انه ليس بواجب ولكنه نوع احتياط وقضيته كلام

الاكثرين وجوبه وصرح به القاضي الروياني ونقل الخلاف فيه واعتمد في تحليفه
على دليل الانبات واطال في ذلك ونقد بعضه ثم ذكر انه لا يحلف الوصي ونقيم القاضي كما
سبق نعم لو كان الوصي وارثا حلف بحق الوراثة ومن عليه حق يطالبه به من زعم انه
وكيل صاحبه ولا بينة له واراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة لم يمكن لانه لو اعترف بها
لم يلزمه التسليم من حيث انه لا يامن جحود صاحب الحق التوكيل انتهى حاصل كلامه
ووراه اشيا ياتي بيانها في فصل مستقل **ومنها** لو ادعت الامة الاستيلاد
وقع في الشرح والروضة والمحرر والمنهاج وكفاية ابن الرفعة ما يوهم ان السيد لا يحلف
والصواب انه ان كانت المنازعة لاثبات النسب فهي مسئلة هذه الكتب وان كانت لاجل امية
الولد ليمتنع من بيعها وتعتق بموته حلف وقطعوا بتحليفه اذا انكر الكتابة وكذلك التدبير
اذا لم نجعل انكاره رجوعا وفي كلام الرافعي في آخر الفصل ما يزيل الايهام ولو صح الايهام
لاستثنيت المسئلة من الضابطين جميعا قاله بعض المحققين رحمه الله **ومنها** عبارة
المحرر ظاهرة او مصرحة بانه لا يستثنى من الضابط الا مسئلة القاضي والشاهد
حيث قال ومن وجهت عليه دعوى لو اقر بمطلوبها الزم به فاذا انكر يحلف عليه حتى
يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والعتق والاستيلاد وغيرها نعم لا
يحلف القاضي على انه لم يظلم ولا الشاهد على انه لم يكذب ومن ادعى عليه فقال انا صبي
بعد لم يحلف ووقفت الخصومة الى ان يتحقق بلوغه انتهى وذكر المصنف ما سبق من عبارته
الى قوله حتى بلغ اي على المشهور المنصوص لان تحليفه بنا في قبول دعواه انه صبي واما
تحليف القاضي والشاهد فقد سبق بيانه في كتاب القضا بما فيه وسنذكر ما يتبين به عدم
حصر الاستثنا فيما ذكراه على ما في بعضه من الغرابة والاشكال **فصل** سبق
الوعد به قال في روضة الحكام في باب ما لا يجب الاستحلاف فيه بعد ذكره انه لا يمين في
حدود الله ومسئلة القاذف ووطء الابن امة ابيه وصورة التحليف على الشتم والضرب
وكل حق لآدمي لو اقر لم يتوجه باقراره حكم فاذا انكر لم يحلف وان كان لو اقر به يلزمه
حكم فاذا انكر حلف الا في مسائل ثم ذكر مسئلة الدعوى على القاضي المعزول انه حكم عليه
بغير حق وانه يلزمه ضمان ما اتلفه عليه وان النص ان لا يمين عليه وسبق بيانها **وانه**
لو ادعى انه قتل ابنه حين كان قاضيا عمدا فقال بل قصاصا فلا يمين عليه وكذا لو ادعى

على القاضي انه قضا بشهادة فساق وحكى الخلاف السابق فيها وانه لو ادعى
على رجل انه قتل ابنه فقال قتلته حين كنت قاضيا قصاصا وعرف قاضيا فلا يمين عليه
على الاصح وذكر مسئلة تحليف الشاهد وانه لو قال القاضي انت معزول او قال ذلك
لوصي او وكيل وانه يعلم عزله فهل يحلف على نفي علمه به وجهان ومال الى ترجيح المنع
وهو ظاهر في القاضي وانه لو ادعى على انسان تعيين فقال هو لابني الصغير لم يحلف
وقيل فيه قولان وانه لو ادعى عليه شفعة في دار فقال هي لابني الصغير في حجري وما
اشتريتها لم يحلف وكذا لو قال هي لابني الصغير واشتريتها له لم يحلف ولم يحكم المدعي
الا ان تقوم البينه ولو قال اشتريتها لولدي الصغير كان اقرارا بالشفعة وانه
لو اقر ان ابنه الصغير صار بالغا رشيدا لم يكن لاحد مخاصمته فيما يتعلق بالابن ولا
يحلف الاب على ذلك قلت ولا يصير الابن رشيدا بذلك بل لا بد من بينه برشده
وانه لو طالب الامام الساعي بما اخذ من الزكوات فقال لم اخذ منهم شيا فلا يمين عليه
وان اقر بالاخذ لزمه كذا حكاه اصحابنا وقال بعضهم تلزمه اليمين وانه لو كان للميت
ابنان احدهما صغير فادعى مدع انه ابن الميت فانكر الكبير قال ابن القاص المنصوص
انه لا يحلف لانه لو اقر لم يلزمه حكم وكذا لو كانا كبيرين فانكرا لم يحلف واحد منهما قال
جدي وفيه نظر قلت الوجه تحليفهما ولعل المراد انه لا يحلف احدهما بمفرده
او انه اذا حلف احدهما امتنع تحليف الاخر اما لو اقر احدهما فالصواب تحليف الاخر
قطعا قال ومن اصحابنا من قال يحلف الكبير لان للمدعي فيه فايدة فانه ان اعترف توصل
به الى عين الصغير اذا بلغ وانه لو ادعى رجلان عليه متاعا فاقر به لاحدهما ففي تحليفه
للاخر قولان احدهما لا اذ لو اقر لم يلزمه غرم والقديم يحلف ولو اقر لزمه الغرم
ولو اقرت لاحد مدعي نكاحها وانكرت الاخر ففي تحليفها له قولان وانه لو اقر
المدين الابرا او الاستيفا وان وكيل ربها الدين يعلم قال ابن سريج له احلافه على العلم
وقال ابن القاص اذا قال لا حق لموكلك وانت تعلم لا تسمع دعواه ولا يمين عليه وانه
لو ادعى انه وكيل فلان في الخصومة عنه او وصيه وان المدعى عليه يعلم ذلك قال ابن
القاص يحلف وقال غيره لا يحلف لانه في حق مالك وانه لو اقر الوكيل بقضا الدين
قد قبضته فانكر صاحب الحق والموكل لم يحلف الموكل وانه لو ثبت لزيد دين على عمرو فادعى

زيد على خالد ان الثوب الذي في يدك لعمرو فانكر وادعاه لنفسه لم يحلف
اذ لو وجبت اليمين ربما نكل فترد على المدعي فيحلف فيؤدي الى ثبوت الملك للغير
بيمينه ولو رام اقامة بينه عليه لم تسمع وانه لو ادعى على البايع ان ما باعه كان
مستحقا واقام بينه لم تسمع وان اراد تحليف المشتري ان قلنا اليمين المردودة
كالاقرار حلف فان نكل المشتري حلف البايع وانه لو قسم الحاكم المال بين الغرما
فظهر غريم آخر وقال لاحد الغرما انت تعلم وجوب ديني وطلب يمينه لم يحلف في كتب
العبادي وانه لو ادعى اثنان وديعة في يده فاعترف لاحدهما ففي تحليفه للثاني
قولان فان قلنا يحلف فنكل وحلف الاخر فاقوال احدها تقسم بينهما والثاني
توقف في يده وقيل تنزع منه وتحفظ والثالث يسلم للاول ويغرم للثاني وان قال
هي لاحدهما وادعى كل منهما علمه حلف على نفي العلم انه لا يعلم المالك فان نكل حلفا
واخذاه او يحلف الحاكم ايهما يبدا اولا وان قال لا اعرف انها لهما او لاحدهما حلفهما
على علمه فان نكل لا يحلفان وعليهما البينه ولا تنزع من يده الا القسم وفيه قول
مخرج انهما يحلفان اذ لا مدعي سواهما وفي كيفيته وجهان احدهما الى اجتهاد الحاكم يبدا
بيمين من شا والثاني تقرع بينهما وانه لو ادعى على قاسم الحاكم انه غلط لم يحلف
او على وارث الصبي انه سلم شفعته قال ابن القاص له تحليفه انه لا يعلم ذلك وقال غيره
من اصحابنا لا يمين عليه انتهى ما لخص من كلامه وطرحت اشيا واكثرها وغالب ما ذكره
تفرق في الابواب ومبين فيه الراجح من غيره وقال الشيخ ابو الحسن الدبيلي
في باب ما لا يجب اليمين فيه لا تسمع الدعوى في حقوق الله المحضة كالزنا والشرب والكفارات
بان يقول لزمتك كفاره في حنثك او في قتل او جماع في نهار رمضان صايما عامدا
او في حج وما اشبه ذلك من حق او حد ولا يمين عليه قلت ان يجب في الكفارات
المالية والنذر وخلاف والجزم بالتحليف اذا انحصر المستحق وانه لو انكر من حج
عن ابيه فقال الاجير حججت قبل قوله ولا يمين عليه ولا بينه لان تصحيح ذلك بالبينه
لا يمكن والمرجوع الى الاجير كما لو طلق امراته ثلاثا ثم قالت تزوجت زوجا ودخل
بي وطلقني واعتددت قبل منها ولا بينه عليها ولا يمين وان قال للاجير قد جامعت
في احرامك فافسدته لم يحلف ايضا ولا تسمع هذه الدعوى فان اقام بينه انه جامعها

محرما بعرفات يوم عرفة او قبل الوقوف بعرفة فقال كنت ناسيا قبل منه
ولا يمين عليه وصح حجه واستحق الاجرة وكذا لو ادعى عليه انه احرم بعد مجاوزة
الميقات او قتل صيدا في احرامه او في الحرم وما اشبه ذلك لم يحلف لانه من حقوق الله
وهو امين في كل ذلك وانه لو مات الاجير للحج فقال وارثه قد حج ثم مات فقوله
مقبول لقول الاجير قلت والوجه تحليفه في دعواه الحج وعدم الحج لكونه
ناسيا بناء على ما سبق انه الصحيح اذ لو اعترف بذلك لا ينتفع به المستاجر والصواب تحليف
وارثه في الصورة الاخيرة وقد يتخيل الفرق من يزعم وارث الاجير بذلك منع رد الاجرة
بعد اخذ الاجير لها وبين طلبها من المستاجر واما تحليفه على مجاوزة الميقات ونحوها فان
قبل حط شيء من الاجرة فكذلك اتجه تحليفه والا فلا وعلى قياسه انه لو استاجر من يصوم
عن ميته كما سبق فادعى الصوم عنه انه لا يحلف سواء رام بذلك منع رد الاجرة او اخذها
من المستاجر والله اعلم وانه لو قال انه حج عن ابيه هذه السنة فلك كذا فقال بعدها
حججت لم يقبل قوله الا ببينة فان انكر الوارث حلف انه ما يعلم انه حج عن ابيه هذه
السنة قال لانه لما لم يقبل من الحاج الحج الا ببينة الزمنا المنكر اليمين قلت
اسلف ان تصحيح الحج بالبينة لا يمكن وجعله هنا ممكنا وهذا تناقض اللهم الا ان
يريد بالبينة هنا انه رئي هناك في مواطن النسك في السنة المعينة لا انه حج عنه
وهذا فقه غريب وذكر انه على وجه ضعيف وجزم بها منها لو اشترى وكيل سلعة ثم رام
ردها بعيب قال فليس للبائع تحليفه انه ما رضي بها الموكل والصحيح خلافه واعلم
ان اصل الباب الحديث السالف البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وفي رواية
واليمين على من انكر ونقل ابو علي الكرابيسي اجماع المسلمين على ذلك فهذا اصل في ان كل
مدعى عليه منكر يحلف وكل ما يستثنى من ذلك يحتاج الى دليل في تحليف من لو اقر نفع اقراره
فرع لسماع الدعوى عليه فان سمعنا اندرج في الحديث والا فلا قال البغوي في التعليق التحليف
عندنا مشروع وهو مطرد في جميع الاشيا للحديث ثم اشار الى استثناء صور مر ذكرها
فرع في فتاوى القفال انه لو نكح العبد ثم ادعى الاذن على السيد حلفه ولو جاءت
المراة وطلبت يمين السيد يحلف لها فللعبد ان يطلب يمينه ايضا فربما نفعه او نكل فيحلف
العبد ويودي حقوق الزوجة من مكاسبه وانه لو ضمن لرجل الف درهم ثم جاء المضمن

له سيده وطلب يمينه على انه لم ياذن له في الضمان احلف له فان حلف بقي
ذلك في ذمة العبد وللعبد ان يحلف السيد ايضا ليسقط الضمان عن ذمته
اي باداء الدين باجزاء من كسبه وذكر صورا اخر ذكرها اخر الباب ان شاء الله
والكل ما سقناه تضمنه قولهم ومن توجهت عليه دعوى الى اخره وانما اجبنا
النصوص عليه ايضاحا وحذرا من عناد جاهل او جامد قال واليمين
تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة فلو حلفه ثم اقام بينة حكم بها ولو قال
المدعى عليه قد حلفني مرة فليحلف انه لم يحلفني مكن في الاصح ٥ فيه مسائل
ثلاث المسئلة الاولى فايدة اليمين وحكمها انقطاع الخصومة في الحال
لا سقوط الحق وبراءة الذمة لحديث ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر رجلا بعد ما حلف بالخروج من حق صاحبه كانه عرف كذبه فدل على ان
اليمين لا توجب براءة رواه ابو داود والنسائي وقال الحاكم صحيح الاسناد المسئلة
الثانية اذا اقام المدعي بينة بعد ما حلف المدعى عليه سمعت وقضي بها قياسا
على اقرار المدعى عليه بعد حلفه وكذا لو ردت اليمين على المدعي ونكل ثم اقامت
بينة وهذا اذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة اما لو قال لا بينة لي حاضرة ولا
غائبة او قال اصلا واقتصر على النفي ففيه خلاف سبق والاصح السماع وذكرنا
هناك صورا كثيرة فراجعها ففيها فوايد وقدمنا انه لو قال لي بينة حاضرة ولكن
اريد تحليفه حلفه القاضي على المشهور وحكى الماوردي فيه وجها قال الرافعي وفي
فتاوى القفال انه لا يجب على القاضي تحليفه بل يقول احضر البينة كذا ذكره هنا
ولفظ الفتاوى اذا قال لي بينة حاضرة وطلب تحليف المدعى عليه من اصحابنا من
قال على الحاكم تحليفه قال القفال والصحيح عندي انه لا يجب على الحاكم تحليفه بل
يقول احضر البينة وعلى هذا لو كانت البينة حاضرة اي في مجلس الحكم فقال حلفه
لعلي نفي فلا يجوز وجها واحدا وكذا لو اقام بينة فقبل ان يحكم قال لا تحكم بشيء حتى
تحلفه لم يسمع منه الا ان يريد ان يسمع باطلة انتهى وظاهر هذا الكلام انه مجرد
قوله لا تحكم بشيء حتى تحلفه لا يقدح في البينة بمجرده وحكى الرافعي بعد هذا الموضع
نقلا عما جمع من فتاوى القفال انه لو اقام المدعي بينة ثم قال لا تحكم بشيء حتى تحلفه

كانت بينة باطلة ووجهه بانه كالمعترف بان بينته مما لا يجوز الحكم بها زاد في الروضة **قلت** هذا مشكل فقد تقصد تحليفه ليقيم بعد البينة انتهى وهذا عجيب اذ الفرض انه اقام البينة والظاهر ان كلام القفال حصل في نقله خلل وصوابه ما قدمته **فروع** لو اقام بدعواه بينة ثم قال كذب شهودي او شهدوا مبطلين سقطت بينته لا محالة ولا تبطل دعواه على الاصح ويبنى على الوجهين ما لو اقام شهودا فادعى الخصم انه اعترف بان شهوده كذبة واقام عليه شاهدا او اخرا ورام الحلف معه هل يجاب ان قلنا هذا الاقرار لا يبطل الدعوى فلا اذ الغرض الطعن في الشهود وكذلك لا تثبت بشاهد ويمين بحال وان قلنا انه يبطل اصل الدعوى ممكن اذ المقصود هنا اسقاط الدعوى بالمال فاشبه ما لو ادعى الابرا فانه تثبت بشاهد ويمين ٥ قال الرافعي ومما جمع من فتاوى القفال وغيره اقام شاهدين ان هذه الدار ملكه ورثه من ابيه فقال المدعى عليه شاهدين ان شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الاب انهما ليسا بشاهدين هذه الحادثة او انهما ابتاعا الدار منه اندفعت شهادتهما انتهى ووقع في الروضة عبارة عنه اقام شاهدين في حادثة وكانا اساعا الدار منه بطلت شهادتهما وفي نسخ ابتاعا وسببه انه سقط من نسخ بالاصل من قوله شاهدين الى قوله شاهدين ثانيا فاصلحه على ما ذكره ٥ اقام شاهدين انها ملكه فاقام خصمه شاهدين على ان شاهدي المدعي قد قالا لا شهادة لنا في ذلك سالهما الحاكم متى قالاه فان قالا قلناه بالامس او منذ شهر لم تندفع شهادتهما بذلك لانهما قد لا يكونا شاهدين ثم يصيرا شاهدين وان قالا قلناه حين تصدينا لاقامة الشهادة اندفعت شهادتهما وسبق عن ابن ابي العباس الروياني انه لو قال لا شهادة عندي لفلان ثم شهد وقال كنت نسيت فهل تقبل وجهان وجزم القاضي الحسين في الفتاوى انه لو قال بين جماعة لست بشاهد في امر كذا او ما اشهدني احد عليه ثم جاء يشهد في تلك الخصومة ليس له ذلك ولا تقبل شهادته انتهى وسقطت هنا في الغنية فروعا تبعا للرافعي سبقت في محلها **المسألة الثالثة** اذا طلب المدعي يمين المدعى عليه من الحاكم فقال المدعى عليه للحاكم قد حلفني على هذا مرة فالتمس فان ذكر القاضي ذلك لم يحلفه ومنع المدعي مما رومه وان لم يذكر حلفه ولا ينفع فيه اقامة

البينه

البينة لما سبق انه انما يعتمد علمه بحكمه السابق منه لا البينة وقال ابن القاص تسمع ههنا قال الرافعي وحقه ان يطرد في كل باب وقال ابن الرفعة انه طرده واخذ من قوله في ادب القضا تقبل البينة العادلة فلانه تخريجا على مذهب الشافعي وذلك انه قال في ادب القضاء فان خاف النسيان يامر من حضر من العدول يوقع شهادتهم في المحضر فان ذكروا لا يشهد عليه من تقبل شهادته انتهى وذكر الرافعي هنا ان ذلك عن تخريج ابن القاص وهو قد فهمه عن النص واوله غيره كما سبق ٥ وان قال حلفني عند قاض اخر او اطلق واراد تحليفه عليه فوجهان اصحهما يمكن لان ما ذكره محتمل غير مستبعد ولا يسمع مثل ذلك من المدعي قطعا للتسلسل والثاني المنع انه قد يدعي المدعي انه قد حلفه على انه قد حلفه على انه ما حلفه وهكذا فيدور الامر وحكاه الهروي عن ابن القاص وتبعاه عليه وهو سهو والذي اورده في ادب القضاء الاول كما بينته في الغنية والقائل الاول قطع الدور قال ابن القاص لان ذلك يطول الى غير نهاية والمدعي احق بقطع المال لانه الطالب فعلى هذا ان حلف انه ما حلفه فذاك وان نكل حلف هو وتخلص عن الخصومة ولا في هذه الصورة اقامة البينة انه حلفه ويتخلص من الخصومة فلو رام ان يحلف يمين الاصل لا يمين التحليف المردودة عليه قال البغوي ليس له ذلك الا بعد استئناف الدعوى لانهما الان في دعوى اخرى ولو استمهل ليقيم البينة بذلك قال الرافعي فقياس البينات الدوافع ان يمهل ثلاثا **قلت** وبه صرح الروياني وابن القاص ولفظه في ادب القضا وان استنظره لاقامة البينة على يمينه انظره القاضي مجلسا واحدا على ما يراه والكثير ثلاثا وعن القاضي الحسين انه قال ادري ان لا يمهل اكثر من يوم لانه كالمدافع المتعنت انتهى وفي تعليق ابرهيم المروذي عن القاضي الحسين انه يمهل قدر ما يحضر البينة وفي زماننا لا يمهلونه لانه يشبه التعنت وقال في كم يمهل يوما واحدا **اشارة** يشبه ان يقال اذا اطلق انه حلفه مرة ان يستفسر لانه قد يظن ان التحليف فيما بينهما كالتحليف الحاكم ولا سيما اذا كان خصمه لا يفطن لذلك ورده **فروع** ادعى عليه دارا فقال المدعى عليه انك قد حلفت ابي او قال بايعي على هذا مرة قال القاضي الحسين في الفتاوى تسمع الدعوى حتى لو اقام بينة عليه برئ عن دعواه والا

فيحلف المدعي على ذلك فان حلف فذاك وان نكل حلف المدعى عليه وسقطت دعواه
قال وكذلك لو اقر رجل بدار في يده لانسان فجاء رجل وادعى بها على المقر له فاجابه بانك
حلفت الذي اقر لي بها فتسمع دعواه وله تحليفه ولو اقام بينة تسمع وان نكل المقر له ان
يحلف انه حلفه هذا اذا ادعى مفسرا بان هذه الدار ملك منذ كذا او لم يكن ملكا
لمن تلقيت منه فاما اذا ادعى مطلقا فلا تقبل قول المدعى عليه بانك حلفت من تلقيت
الملك منه لانه يدعي ملك الدار من المدعى عليه لا ممن تلقى عنه الملك منه ۝ ادعى عليه
مالا فانكر وحلف فجاء المدعي بعد ايام وقال حلفتك يوم كذا لانك كنت معسرا ولا يلزمك
تسليم شيء الي وقد ايسرت الآن فهل يسمع فيه وجهان ارسلهما البغوي وغيره
احدهما نعم ويحلف المدعى عليه لامكانه وثانيهما المنع لانه لا اساس لها زاد المصنف والاصح
السماع الا اذا انكر ان سبق انه لو قال لا شيء له علي هذا اليوم وحلف ان له تحليفه
غدا ولو قال لا يلزمني هذا المال في شهر كذا احلف على ذلك ثم لا يطالب ذلك الشهر
المذكور ۝ اذا امتنع المدعي من تحليفه بعد الدعوى جاز لانه لم يسقط حقه لانه لم يسقط
حقه عن اليمين قاله الرافعي مقتصرا عليه وسبق عن الامام انه قال حق على القاضي
ان يقول للمدعي احلف خصمك ان اردت والا فاقطع طلبك عنه واترك دفعه الى مجلس الحكم
قلت ويتاكد هذا اذا تكرر منه الدعوى عليه لما فيه من الاضرار ۝ وذكر الامام
انه لو اقام عليه شاهدا فله ان يقول للمدعي حلفني او احلف وخلصني ۝ لو قال ابرأتك
عن اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى وله استيناف الدعوى وتحليفه قاله
في الحاوي والمهذب والتهذيب ويظهر ان ياتي فيه ما قاله الامام عند طلب المطلوب
فصل الخصومة وسبق عن بعض اصحابنا انه لو قال المدعى عليه للقاضي سل هذا المدعي
هل له علي دعوى غيرها يدعيه الآن فاني اريد سفرا ولا آمن ان يدعي علي دعاوى في
حياتي او مماتي انه ينبغي للقاضي ان يامره بجميع دعاويه ليبحث عنها وحينئذ يجوز ان
يقول للمدعي انا لا اقنع بالابراء من التحليف اليوم لانه غدا يسهل علي ويعطلني ثم لا
يحلفني ولا يقيم بينة ويبرئني من اليمين او يمتنع من تحليفي ثم يفعل بي ذلك الى ما لا
نهاية له ولما حكى ابن الرفعة ما سبق عن التهذيب والمهذب قال ويظهر ان ذلك مبني على
مذهب العراقيين الذي سنذكره اما اذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر انه لا يسوغ له

الدعوى بانا انتهى وربما سبق في القضا فروع كثيرة مما نحن فيه وسياتي زيادة
بيان في امتناع المدعي من التحليف **قال** واذا نكل حلف المدعي وقضي له ولا
يقضى بنكوله ۝ اذا انكر المدعى عليه فعرضت عليه اليمين بشرطه فنكل عنها لم يقض
عليه بنكوله عندنا وسياتي صور يقال انه يقضى فيها بنكوله للضرورة واذا لم يقض
بالنكول ردت اليمين على المدعي اذا كان الحق لمعين فاذا حلف قضي له وقال ابو حنيفة
واحمد يقضى بالنكول واستثنى ابو حنيفة القود في النفس ووافقنا مالك لكن فيما
يثبت بشاهد ويمين وما لا يثبت بهما لا ترد اليمين فيه بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف
او يقر اما قوله تعالى او يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم اي بعد الايمان
الواجبة قاله الماوردي وقال ان رد اليمين اجماع الصحابة ثم ساق فيه الاثار
المشهورة عن عمر وعثمان وغيرهما رضي الله عنهم ثم قال وهذا قد استفيض بين الصحابة ولم يظهر
منهم مخالف فثبت انه اجماع والعمدة عند جمهور اصحابنا حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
رد اليمين على صاحب الحق رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد واحتج به البيهقي في الخلافيات
قاله الماوردي وذكره ابو الوليد في المخرج والدارقطني في اليمين مع الشاهد وقد روى
الشافعي تحويل اليمين الى المدعي عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار عن عمر
رضي الله عنه في قصة مشهورة قال اصحابنا والنكول كما يحتمل ان يكون تحرزا عن اليمين
الكاذبة يحتمل ان يكون تورعا عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان وغيره فلا يقضى مع
التردد والاحتمال **تنبيه** قال الرافعي فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين اليه
بنكول المدعى عليه عرفه القاضي وبين له انه ان حلف استحق **قلت** وهذا قد يفهم
الميل وتلقين الحجة وقد يظن انه اشد من تعريف المدعي الدعوى الصحيحة وعبارة
البغوي وان لم يعلم المدعي ان اليمين صارت اليه قال له القاضي احلف وتستحق وهي
اخف وحسن ان يقتصر على قوله احلف اذ فيه يحصل الغرض ويفهم كل احد الغرض
من ذلك **قال** والنكول ان يقول انا ناكل او يقول له القاضي احلف فيقول
لا احلف ۝ اذا قال القاضي للمدعى عليه قل بالله او احلف بالله حين توجه اليمين
عليه بشرطها فقال انا ناكل او لا احلف وهو عارف بمعنى النكول ردت اليمين على المستحق
الاهل لليمين فيحلف ويقضى له كما سبق لما بيناه قال الغزالي ولا يحتاج في هذه الحالة الى قضاء القاضي

ما النكول حتى لو قال المدعى عليه بعد قوله لا احلف او انا ناكل لم يجد اليه سبيلا
وهذا ما ابداه الامام لنفسه هنا وذكره في الافراد عن رواية شيخه عن بعض الاصحاب
ولم يحك الرافعي عن رواية الامام سواه وقال ان غيره وافقه فيه والذي صدر به
الامام كلامه في كتاب الافراد انه لو اراد بعد قوله نكلت عن اليمين او لست احلف الحلف
كان له ذلك ما لم يجر القضا بالنكول وحكى الرافعي مسئلة عن البغوي فيما اذا قال له القاضي
احلف بالله فقال لا احلف فقال البغوي في تعليقه هنا ولو ان المدعى عليه اراد ان
يحلف بعد نكوله ننظر ان كان ذلك قبل ان عرض الحاكم اليمين على المدعي له ذلك وان كان
بعده لم يكن له ذلك ولا يفترق في هذا بين ان يعرض عليه مرة او مرات انتهى وذكر
ابرهيم المروذي نحوه قال ابن الرفعة واتفق الكل على الاحتياج الى القضا بالنكول
عند عرض اليمين عليه فلم يحلف ولا لفظ بانه ناكل او ممتنع قال الامام ولا يجوز له
في هذه الحالة ان يقضي بالنكول ما لم يظهر له ذلك منه حتى لو جوز ان يكون امتناعه
عن دهش او كان يتردد انه لم يفهم عرض اليمين لغباوة وعدم الف بمراسم الخصومات
فليس له ان يقضي بالنكول فاذا ظهر له امتناعه فان اكده بالتكرير فحسن فان اراد
ان لا يكرر فلا عليه ومما يستحسنه ان يعلمه انه يقضي بنكوله لو تمادى على امتناعه فلو لم
يعلمه ذلك وظهر له امتناعه ولكن كان المدعى عليه لا يدري ان امتناعه مع اقتضا
يوجب رد اليمين فهل للقاضي ان يقضي بنكوله ويرد ام شرط القضا بالنكول اعلامه
موجب نكوله هذا فيه احتمال ظاهر والاوجه ان قضاه بالنكول ينفذ وان لم يعلمه
حكم النكول انتهى ٥ قال ابن الرفعة ويقوم مقام حكم الحاكم بالنكول اذا احتيج
اليه قول القاضي للمدعي احلف او اتحلف وفي البحر ان قول القاضي للمدعي اتحلف لا يمنع
المدعى عليه من الحلف وانه الاظهر وذكر القاضي الحسين في تعليقه ووجهه بانه لم يامر
باليمين بل استساه فيها مستفهما وهذا ما ذكره في البسيط عن الاصحاب فقال قال الاصحاب
انما يتحقق النكول اذا قال القاضي احلف فقال لا احلف فلو قال القاضي اتحلف فامتنع
لا يكون نكولا لانه لم يتوجه اليمين بعد وانما هذا استفهام وهذا ما اورده الرافعي
عن الامام ثم قال في اخره فرع نقل الدبيلي في جمع الجوامع ان قول القاضي للمدعي اتحلف
انت لقوله احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك قال وعندي فيه نظر سكت

الرافعي

الرافعي على ذلك وقد بينا انه وجه وان الدبيلي صحح خلافه وجزم به غيره
انتهى وكلامه مصرح او كالمصرح بان الكلام في قول القاضي للمدعي احلف او اتحلف
والذي رايته في النهاية والبسيط واللفظ للنهاية قال الاصحاب انما يتحقق النكول
اذا قال القاضي للمدعى عليه احلف بالله فاذا امتنع فاذ ذاك يقضي بالنكول ولو قال له اتحلف
فامتنع فقد قال القاضي لا حكم لهذا الامتناع لانه لم يامره باليمين بل استشاره فيها
مستفهما انتهى وقال ابرهيم المروذي عرض اليمين ان يقول له قل بالله فان قال له
اتحلف لم يكن هذا عرضا لليمين حتى لو لم يحلف لا يقضى عليه بالنكول وعلله بما سبق وقد
يحصل فرق بين نكول المدعى عليه ونكول المدعي **قال** فان سكت حكم
القاضي بنكوله ٥ اذا احلف القاضي المدعى عليه فلم يحلف ولا لفظ بانه ناكل او ممتنع
فسكوته نكول كما ان السكوت عن الجواب في الابتدا كالانكار وقد بيناه من قبل وقدمنا
فيه ما الكلام في سكوته وكونه عن دهش او غباوة او غيرها عن الامام وتابعه الغزالي
وغيره وقال شريح الروياني اذا قال له احلف خصمي وقال للمدعي احلف ذكر العبادي
قال وقوله للمدعي احلف حكم بنكوله اي وقول القاضي بعد امتناع المدعى
عليه من الحلف صريحا او سكوته عنه كما بيناه احلف نازل منزلة قوله حكمت بان المدعى
عليه ناكل وهل يقوم اقبال القاضي على المدعي ليقول له احلف مقام الحكم بالنكول
حتى لو اراد المدعى عليه ان يحلف بعد ذلك لم يجب فيه وجهان الذي قطع به القاضي
الحسين جوابه في الكل الثاني منعه من عوده الى اليمين قال المروذي لان اقباله
على المدعي حكم بالنكول ضمنا قال والثاني له ذلك لانه لم يقض بنكوله صريحا ولا ضمنا انتهى
ويسبق تفصيل البغوي بين ما قبل العرض على المدعي وما بعده ثم قال وقد قيل
انه اذا قال الحاكم للمدعى عليه حكمت عليك بالنكول او اقبل بوجهه على المدعي ليس للمدعى
عليه ان يحلف وقال الاصحاب ان له ذلك قبل العرض على المدعي قال ويمكن ان يقال وقال
اذا قال حكمت عليك بالنكول ليس له ذلك كما بعد العرض على المدعي اما بمجرد الاقبال
بوجهه فلا انتهى وفي الحاوي انه لو امتنع عن اليمين او قال قد نكلت عنها او لست احلف
نقل وجهين احدهما لا يرد اليمين على المدعي الا بعد ان يقول للمنكر قد حكمت عليك بالنكول
لما فيه من الاجتهاد فان ردها عليه قبل حكمه لم يصح والثاني يجوز ان يردها على المدعي

وان لم يفعل حكمت بالنكول لان ردها حكم عليه بالنكول انتهى وفي روضة الحكام
قال الشافعي يعني في المختصر لو رد المدعى عليه اليمين فقلت للمدعي احلف فقال
المدعى عليه انا احلف لم اجعل له ذلك قال جدي وهذا يفيد انه اذا قال الحاكم للمدعى
احلف كان حكما منه بتحويل اليمين قال جدي ومن اصحابنا من قال لا بد من قول الحاكم
حولت اليمين او رددت او حكمت بالرد او نقبل على المدعي فيقول احلف انتهى ويخرج مما قلناه
وجوه **فروع وتتمات** قال الاصحاب تبعا لابن القاص يستحب للحاكم تكرار
عرض اليمين على المدعى عليه ثلاثا قبل القضاء عليه بالنكول قال البغوي والرافعي واستحبابه
في حال السكوت اكثر منه فيما اذا صرح بالنكول **قلت** وكذا لو صرح به وتوسم
الحاكم فيه انه يجهل الشرع في ان المدعى عليه اذا نكل نقض عليه بالنكول ويحلف
المدعي ويستحق فيتأكد العرض ثلاثا قال المروذي في اول المسئلة وان اقتصر على مرة
واحدة صح الحكم عليه بكونه ناكلا ويقول له ان لم تحلف قضيت عليك بالنكول ورددت اليمين
على المدعي فيحلف ويستحق دعواه وقال شريح الروياني اذا ابى المدعى عليه الحلف سئل
فان قال لي بينة اقيمها او ذكر ما سيأتي قال وان لم يذكر شيئا من ذلك وقال لا احلف صار
ناكلا وحكى جدي انه ان ابى ان يحلف فهل يكرر عليه القول ثلاثا فيه وجهان وقال
ابن ابي احمد وغيره يقول الحاكم للناكل ان لم تحلف رددت اليمين على خصمك واوجبت
المال عليك يقوله ثلاثا استحبابا وعن ابن سريج انه يبين للناكل ويسأل في امره حتى يصح
نكوله ثم يرد اليمين على صاحبه انتهى وفي الحاوي ان اصحابنا اختلفوا فيما يستقر به نكوله
على وجهين احدهما يستقر باعلامه ولو مرة واحدة والثاني وهو قول اهل العراق يعني
المتقدمين لا لا اصحابنا انه لا يستقر حتى يعرض عليه ثلاثا انتهى وبالاول اجاب الجمهور
○ اذا كان المدعى عليه لا يعرف معنى النكول كالعوام قال القاضي الحسين وغيره فيجب
على القاضي ان يعلمه بانك ان نكلت نعرض اليمين على المدعي ويحلف ويستحق عليك الدعوى
ويقرب منه قول الماوردي انه اذا لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي ان يعلمه
حكمه وانه يوجب رد اليمين على المدعي ليحكم له بيمينه وان عرف حكم النكول استغنى
القاضي بمعرفته عن اعلامه ولكن يقول له ان اقمت على امتناعك جعلتك ناكلا انتهى
ولو اشتبه امره على القاضي قال القاضي الحسين فهو كما لو كان عارفا بحكم النكول

فلا

فلا يجب ذكره بل يستحب ملك وفيه نظر اذ الاصل عدم العلم وما سبق
عن ابن سريج يؤيد ذلك نعم كلام بعضهم يفهم ان بيان حكم النكول مستحب من غير تفصيل
من ذلك قول صاحب المعتبر تبعا للجويني واذا سكت المدعى عليه لما استحلف اخبره
القاضي بان سكوتك نكول كما ان سكوتك عن جواب المدعي جحود فعسى ان يكون
جاهلا به وهذا التعريف ليس بفرض ولكن لا يحسن في المجلس ما تشبه الخديعة فاستحب
ذلك رفقا لهذه الشبهة انتهى ومن ذلك قول الامام ومما يستحسنه ان يعلمه انه
يقضي عليه بنكوله لو تمادى على امتناعه الى آخر كلامه السابق واطلق الغزالي في
البسيط انه يجب على القاضي ان ينبهه على حكم نكوله فانه ربما اذا عرف لم يرض بالنكول
قال فلو لم ينبهه وقضى فقال المدعى عليه كنت لا اعرف ان النكول هذا حكمه فالظاهر
نفوذ قضائه وفيه احتمال وقال الرافعي بعد ذكر استحباب عرض القاضي اليمين على
المدعى عليه ثلاث مرات وتأكد الاستحباب حالة السكوت وعن ابي حنيفة ان العرض بلا
شرط ما لفظه واذا لم يعرض فيه سلامة حاجة شرح له حكم النكول فان لم يشرح وحكم بانه
ناكل وقال المدعى عليه لم اعرف حكم النكول ففي نفوذ الحكم احتمالان للامام اظهرهما
النفوذ وكان من حقه ان يبحث ويعرف قبل ان ينكل انتهى ولفظ الامام ما ذكرناه
من قبل والتفاوت بين الايرادين ظاهر واقام في الوجيز احتمالي امامه وجهين
○ قال الامام وقول القاضي للمدعى عليه احلف ليس امرا جازما ولكنه ابانة وقت
الحلف واليمين المعتد بها ان ارادها المدعى عليه انتهى وحسن ما اعتاده القضاة
من قولهم ان شئت فقل والله اذ قد يظن الجاهل انه امر الزام لا يسعه التوقف
معه وقد رأيت من اذا قال له القاضي الحاكم ذلك قال وان شئت فقل والله كلفظ
القاضي لغباوته فهذا وامثاله يحتاج ان يوضح له الحال ما كمل بيان ليدخل في اليمين
على بصيرة وسبق انه اذا قال المدعى عليه بعد النكول وما قبل حكمه انا احلف انه لا
يسمع منه وبيناه بما فيه قال البغوي واذا هرب المدعى عليه قبل ذلك وبعد النكول
لم يكن للمدعي ان يحلف اليمين المردودة وكان للمدعى عليه ان يحلف اذا عاد ونقله
الرافعي عن غيره ثم قال وقضيته ذلك التسوية بين التصريح بالنكول وبين السكوت
حتى لا يمتنع من العود الى اليمين في الحالين الا بعد الحكم بانه ناكل او بعد عرض اليمين

على المدعى قال ابن الرفعة وهو قضية ما سبق عن الماوردي وبه صرح الامام
في الافراد مقتصرا عليه قال الرافعي وقد يفهم من قول من قال انه لا حاجة عند
التصريح بالنكول الى حكم الحاكم امتناع العود الى الحلف عند التصريح بالنكول
وان لم يوجد حكم بالنكول **قلت** وهذا ظاهر وسبق في باب القضاء على الغائب في
الهارب قبل الدعوى عن الحاوي كلام ينازع في ما ذكره البغوي من طريق الاولى
مراجعه من حيث منعنا المدعى عليه من الحلف بعد نكوله او ما في معناه فذاك اذا لم
يرض المستحق فان رضي فوجهان احدهما ان حق حلفه قد بطل فلا يعود فيه الا برضا
واصحهما له العود اليه وذكر الامام في كتاب الاقرار انه قول الاصحاب عن آخرهم
فان الحق له لا يعدوه قال الرافعي قال في الرحم واذا رضي بان يحلف المدعى عليه والحالة
هذه ثم انه لم يحلف لم يكن للمدعي ان يعود الى اليمين المردودة لانه ابطل حقه حيث رضي بيمين
المدعى عليه **قلت** وكذا ذكره القاضي الحسين في التعليق وظاهر اطلاقهما انه لا
فرق بين ان يرضى المدعى عليه بذلك اولا وفي النفس منه شيء ولا سيما في حالة رضى المدعى
عليه اذ الحق لا يعدوهما فلم لا يجري القاضي على موجب رضاهما اللهم الا ان يقال ان
ذلك يؤدي الى الدور **قال** واليمين المردودة في قول كبينة وفي الاظهر كاقرار
المدعى عليه فلو اقام المدعى عليه بعدها بينة باداء او ابراء لم تسمع ش يمين المدعي بعد
نكول عليه وما في حكمه هل هي بمنزلة بينة تقيمها المدعي او بمنزلة اقرار المدعى عليه قولان
زاد البغوي في التعليق خرجهما الاصحاب وليسا بمنصوصين انتهى احدهما انها كالبينة
لان الحجة هاهنا اليمين وقد وجدت واظهرهما انها بمثابة الاقرار من المدعى
عليه لانه بنكوله توصل الى الحق فاشبه اقراره وللقولين فروع كثيرة مفرقة
في مظانها ذكر المصنف هنا منها ان المدعى عليه لو اقام بينة على اداء المال او على
الابراء منه بعدما حلف المدعي فان جعلنا يمينه كبينة سمعت بينته والا فلا لانه
يكون مكذبا لبينته المقامة بالاقرار وحكى ابو سعد الهروي اختلافا للاصحاب
في انه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة ام لا بد من حكم الحاكم بالحق قال
الرافعي ويمكن ان يبنى هذا على القولين ان جعلناها كالبينة فلا بد من الحكم وان
جعلناها كاقرار المدعى عليه فلا حاجة اليه على انه في الاقرار ايضا قد مر في ادب القضاء

انتهى

انتهى واشار شرح الروياني الى البناء على القولين فقال وقال بعضهم لا بد من
حكم الحاكم بعد يمينه لان التحليف بمنزلة البينة والبينة تقتضي الحكم انتهى
وقد اطلق الشيخان وغيرهما انا اذا جعلنا اليمين المردودة كالاقرار لحلف
ثم اقام المدعى بينة باداء او ابراء ونحوهما من الدوافع انها لا تسمع كما لو اقر صريحا
وهو قريب اذا كان المدعى عليه عالما بحكم النكول وما يترتب عليه او بين له القاضي
ذلك واحاط به علما ثم رد اليمين على خصمه اما لو كان جاهلا ولم يشرح له القاضي
الحال بل حلف خصمه عند امتناعه من الحلف ففي سد باب سماع الدوافع عليه نظر
وربما اتى ما يؤيد ذلك **تنبيهان احدها** في قول المنهاج باداء
او ابراء اشارة الى ان التصوير في الدين وذكر بعد هذا الموضع باوراق واللفظ
للروضة لو اقام الخارج بينة ان هذه العين ملكي غصبها مني الداخل او قال
اجرتها او اودعتها عنده واقام الداخل بينة انها ملكه فهل يقدم بينة الداخل
ام الخارج وجهان الاصح الخارج وبه قال ابن سريج وصححه العراقيون وبه اجاب
الهروي وخالفهم البغوي فصحح تقديم الداخل فلو لم تكن بينة ونكل الداخل
عن اليمين فحلف الخارج وحكم له ثم جاء الداخل ببينة سمعت على الصحيح كما لو
اقامها بعد بينة الخارج وقيل لا تسمع بناء على اليمين المردودة كالاقرار انتهى وظاهر
هذا ترجيح القول بان اليمين المردودة كالبينة لا كالاقرار عكس المرجح هنا وقال
ابن الدم انه الصحيح عن الجماعة كلهم انتهى وبنى البغوي صورة البينتين في التعليق
على القولين قال بعد قوله السالف ان القولين خرجهما الاصحاب وانما يظهر فائدته
في مسائل ياتي متفرقة منها ان المدعى عليه اذا اقام بينة بعد يمين المدعي بان ذلك
الشيء ملكه هل تقبل ام لا ان قلنا النكول ورد اليمين بمنزلة البينة ان كان ذلك
قبل القضاء للمدعي فانها تسمع وترجح باليد وان كان ذلك بعد القضاء فوجهان اصحهما
انها لا تسمع وان قلنا بمنزلة الاقرار فالقياس ان لا تسمع كما لو اقر له بالعين ثم بعد
ذلك اراد اقامة البينة انها ملكه فلا تسمع والصحيح هو الاول لانا وان جعلناه اقرارا
فليس اقرارا حقيقة وانما له حكم الاقرار بحسب انتهى ولعل في النسخة خلل **ثانيها**
في فتاوى القاضي الحسين انه سئل عمن ادعى ضيعة فانكر المدعى عليه ونكل عن اليمين

فحلف المدعي وحكم الحاكم له بالمدعى به ثم اقام المدعى عليه بينة ان الصيغة ملكه
على الاطلاق فهل يحكم بها ام لا تفكر فيها ايا ما ام قال ان قلنا النكول ورد اليمين
١٥ بمنزلة الاقرار لا تسمع بينته وان قلنا بمنزلة البينة تسمع قال البغوي وهو جامع
الفتاوى قلت والذي عندي انها تسمع وان جعلنا النكول ورد اليمين
بمنزلة الاقرار لانه ليس بصريح الاقرار لان الذي من قبله مجرد نكول فلا يجوز ان
يجعل مقرا بيمين المدعي وبالاتفاق بينة مسموعة نكوله وقيل يمين المدعي انتهى
لفظه وهو ما اشرت اليه في صورة الكتاب ولعل النزاع فيها اظهر من هذه ثالثها
قال القاضي شريح الروياني لو قال المدعى عليه للحاكم احلف المدعي ان له علي هذا
المال قال ابن سريج ليس له ذلك الا ان ينكل عن اليمين وذكر العبادي انه اذا
قال احلف خصمي صار ناكلا ويقال للمدعي احلف ثم قال في آخر الباب قال الشافعي
ولو رد المدعى عليه اليمين فقال للمدعي احلف وذكر نص المختصر السابق وفي الاصل
سقم ثم قال واذا قلنا يكفي رد المدعى عليه اليمين فقال رددت ان شا فهل
يصح وجهان حكاهما جدي كما لو قال بعتك هذا ان شئت والله اعلم قال فان
لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشي سقط حقه من اليمين اي مطلقا وليس له مطالبة
الخصم اي الآن يقيم بينة كما لو حلف المدعى عليه فلا يمكن من استيناف
دعوى وتحليفه في مجلس آخر اذ لو لم نقل بهذا لدفع خصمه كل يوم الى القاضي والخصم
ناكل وهو لا يحلف اليمين المردودة الخطب هذا ما اورده المراوزة تصريحا وتلويحا
قال الرافعي والذي ذكره العراقيون والقاضي الروياني انه لو جدد الدعوى في
مجلس آخر ونكل المدعى عليه ثانيا ترد اليمين على المدعي وهذا ما اورده القاضي
ابو سعد الهروي قال ولا شك ان الاول احسن واقوى وحكم في شرح الصغير بانه الاظهر
وادعى ابن الرفعة انه مقتضى كلام القاضي ابي الطيب حيث قال في تعليقه فاذا
امتنع المدعي من اليمين سقط حقه وتصرفا الحاكم بينهما ولا يكون له مطالبته بشي من
ذلك قال وفي النهاية في اوايل القسامة حكاية خلاف في ان المدعي اذا اظهر النكول
عن يمين الرد ثم رغب فيها هل يحلفه ام لا والضابط الذي يمس الحاجة اليه ان
كل نكول يتعلق به حق حالف بعد النكول فذاك النكول اذا ظهر فلا عود من الناكل

وكل يمين لا يمين بعدها فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل فيه خلاف ونكوله
يتحقق بان يقول بعد عرض اليمين عليه لا احلف او انا ناكل اما اذا سكت فلم
يحلف كان للقاضي ان يقضي عليه بالنكول اذا لم يستمهل ويكون حكمه ما تقدم انتهى
وذكر قبل هذا ان اظهر الوجهين في الحاوي في باب ما على القاضي في الخصوم انه
لا يحكم على المدعي بالنكول اي في ان يحكم به على المنكر لانه يتعلق بنكول المنكر حق
لغيره كما قاله الشاشي في الحلية والثاني وهو قول الاصطخري انه يحكم به عليه كما
يحكم به على المنكر تنبيهات منها فيما جزم به المصنف ورجحاه من سد باب
الدعوى عليه ثانيا بمجرد امتناعه عن اليمين نظر وفي كون مراد القاضي ابي الطيب
ما فهمه ابن الرفعة عنه نظر ويشبه انه اراد به ما لم يحدث دعوى جديدة او
يقيم بينة لا مطلقا اذ الموجود في كتب العراقيين وغيرهم ما سبق خلا اتباع
القفال واتباعهم وممن اقتصر على ذلك ابو عاصم العبادي وتبعه القاضي الهروي
والقاضي شريح الروياني ولفظه فان لم يحلف اليمين المردودة عليه يقال لهما
انصرفا ويحتاج بعد ذلك الى دعوى جديدة ورايت في فروع ابن القطان اذا
رددنا اليمين على المدعين ثانية فلم يحلفوا قال ابو الحسين عندي انه لا يبطل حقهم
وهم على ذلك ابدا انتهى وبالجملة فالظاهر ان الجماهير على مقالة العراقيين ولم يورد
ابن ابي الدم سواها مع انه نقلوا الامام غالبا لكن سيأتي عن نص الام ما قد يشهد
للقفاليين ومنها قال الرافعي في صدد المسلة اذا امتنع عن الحلف ساله
القاضي عن سبب امتناعه فان لم يتعلل بشي او قال لا اريد ان احلف فهذا نكول
يسقط حقه من اليمين الى آخر ما ذكره وهذا منه يقتضي انه يسقط حقه من اليمين
بمجرد سكوته من غير قضا بنكوله ومن غير فرق بين الجاهل بحكم ذلك والعالم به وحكى
الامام وجها انه لا يصير ناكلا عن يمين الرد قط اذا لم يصرح بالنكول وسيأتي وسبق
ما قيل في ذلك في جانب المدعى عليه وانه يجب تنبيه الجاهل على ما يترتب على نكوله ولعل
مسئلتنا اولى والحكم بما ذكره فيها اخفى وفي تعليق البغوي واذا حكمنا برد اليمين
الى المدعي ورددناها فسكت لا يبطل دعواه بخلاف ما لو سكت المدعى عليه يجب
عليه ان يحلف لا جرم يجعل سكوته نكولا بخلاف المدعي لانه ربما يريد النظر والفكر

ومنها عبارة الشيخ ابرهيم المروذي في تعليقه واذا ردت اليمين على
المدعي فنكل واراد ان يردها على المدعى عليه لم يكن له ذلك وسقط حقه اذا قال
نكلت او لم يكن له عذر وقال لا احلف اذ اليمين المردودة لا ترد لانا لو رددناها
ادى الى الدور **قال وان تعلل باقامة** بينة او مراجعة حساب امهل ثلاثة
ايام وقيل ابدا ه اذا ذكر المدعي لامتناعه سببا فقال اريد اقامة البينة او اسال
الفقها او انظر في الحساب او اتفكر ونحو ذلك ترك ولم يبطل حقه من اليمين وهل يتقدر
امهاله بمدة فيه وجهان اصحهما عند الغزالي والامام انه يمهل ثلاثة ايام ولا يزاد
والا لم يؤمن من الملاححة والمرافعة مرة بعد اخرى وقد سئمت القاضي والخصم وعلى هذا
جرى الجرجاني في الشافي والثاني لا يتقدر لان اليمين حقه فله تاخيرها الى ان
يشا كالبينة وعليه اقتصر في التهذيب هكذا ذكر الرافعي في الشرحين ولم يصرح بترجيح
الا في المحرر والذي اورده جمهور العراقيين ومنهم المحاملي والماوردي وابن الصباغ
وصاحب التنبيه والعراقي والجرجاني في تحريره والروياني في حليته وهو في روضته
والهروي في اشرافه وهو قضية ما في تعليق البغوي وابرهيم المروذي والكافي وعليه
اقتصر ابن ابي عصرون وابن ابي الدم في ادب القضا واقتضى كلام الذخاير وغيره
انه المذهب وهو قضية قول الفوراني في العمد وان نكل سئل عن نكوله فان قال
اريد ان اقيم البينة او انظر في الحساب او اشاور فلانا وما اشبه ذلك فانه يترك
ولا يحكم عليه بالنكول وعبارة الابانة نحوها وعبارة الدارمي فان نكل ليقيم بينة
او الحساب ينظر انظر على العرف وهذا يحتمل ان يكون وجها ثالثا والظاهر ان مستند
الجمهور في عدم التقدير قول الشافعي في المختصر وان نكل قيل للمدعي احلف واستحق
فان ابى سالناك عن ابايك فان كان لياتي ببينة او ينظر في حسابك تركناك وان قلت
لا اوخر ذلك لشي غير اني لا احلف ابطلنا ان تحلف هذا لفظه وعبارة الام في باب
رد اليمين وان ابيت ان تحلف سالناك عن ابايك فان ذكرت انك تاتي ببينة او تذكر
معاملة بينك وبينه تركناك حتى ياتي بشي يستحق به اعطيناك وان لم تات به حلفت
فان قلت لا اوخر ذلك لشي غير اني لا احلف ابطلنا يمينك فان طلبتها بعد لم نعطها
شيا هذه لفظه بحروفه كما رايته وهو شاهد للجمهور ان لا تقدير وذكر ابن الرفعة بعد

توجيهه

توجيهه كلام النص ما لفظه وحكى القاضي ابو الطيب وغيره ان الشافعي
قال في هذه الصورة يسال المدعي عن ابايه فان قال اشتغل بحساب بيني وبينه
اريد ان اراجعه او اريد ان استفتي الفقها هل يجوز ان احلف ام لا امهله الحاكم ثلاثة
ايام لا يزيد عليها انتهى فان صح هذا النقل الغريب كان في المسالة قولان منصوصان
لكن يبعد هذا النقل ان صاحب التنبيه والشامل تلميذا القاضي ابي الطيب لم
يذكراه فالله اعلم وقال الامام بعد ان عزى التقدير بمهلة الامام الى الاصحاب وقال
بعض اصحابنا لا يصير المدعي ناكلا عن يمين الرد فقط اذا لم يصرح بالنكول ولا ضبط
لامهاله بمدة وسبيله في يمين الرد كسبيله في البينة يقيمها متى وجدها قال وهذا قد نظر
على قولنا يمين الرد تنزل منزلة البينة وغالب ظني اني اجريت هذا فيما تقدم ولكن المذهب
المشهور وعن يمين الرد من غير تصريح به **تنبيهات وفروع منثورة منها**
قال الرافعي ولم يذكر الشافعي رضي الله عنه فيما اذا امتنع المدعى عليه عن اليمين ان
يسال عن سبب امتناعه اي بخلاف المدعي فعن ابن القاص ان قياس ما ذكره في امتناع
المدعي ان يسال الاخر ايضا وامتنع عامة الاصحاب من هذا الالحاق وفرقوا بان
امتناع المدعى عليه يثبت للمدعي حق الحلف والقضا بيمينه فلا يؤخر حقه بالبحث
والسوال وامتناع المدعي لا يثبت حقا لغيره فلم يضر السوال عن سبب الامتناع قال
وكان يجوز ان يقال ان امتناع المدعى عليه انما يثبت الحق للمدعي اذا امتنع بلا سبب
اما اذا تعلل بعذر كما سياتي فلا ينتقل حق اليمين من جانبه الى جانب المدعي واذا لم
يكن الامتناع المطلق باقلا للحق لم يكن السوال تاخيرا للحق انتهى وجزم شريح الروياني
في اول الباب بانه اذا اراد المدعى عليه من الحلف يسال فان قال لي بينة اقيمها او انظر
في حسابي ثم احلف امهل ثم جزم بعد نحو عشرة اسطر بالفرق قال وفرق الشافعي
رضي الله عنه بينهما بان المدعى عليه اذا نكل وجب الحق للمدعي والواجب لا يؤخر والمدعي
اذا نكل لم يصر حقا لغيره يسال عن وجه امتناعه لمكنه فصل الخصومة فان لم يحلف المدعي
اليمين المردودة يقال لهما انصرفا انتهى فتناقض واغرب بنقله الفرق عن النص وذكر
ابن الرفعة ان الفرق ان المطلوب اذا امتنع عن اليمين ظهرت هناك يمين اخرى من جهة
المدعي فوجب الحكم بها فلو سالناه عن سبب امتناعه لم يعقب الحكم النكول ولان هناك ما

ما يرجع اليه ويحكم به وهو يمين المدعي وليس كذلك امتناع المدعى عن اليمين قال
وقضية هذا الفرق ان لا يسرع عند نكول المدعى عليه تكرارا لعرض عليه قال وقد
حكى الامام في كتاب الاقرار ان المدعي لو سكت وقال لست ابكو وارائج حسابي ان بعض
الاصحاب قال يفصل القاضي الخصومة وتكون امتناعه كامتناع المدعى عليه ويقول
للمدعي استمهالك بعد الخوض بالاشتغال لا معنى له واذا كنت لا اعذر المدعى عليه في
استمهاله فانت اولى بذلك من جهة ان المدعى عليه مدفوع الى مجلس القاضي قهرا وانت تحضر
مختارا فهلا كان فكرك قبل الحضور انتهى وهذا غريب وخلاف المنصوص وقول الجمهور
ومنها قال الرافعي اذا علل المدعي امتناعه بعذر كما مر ثم عاد بعد مدة ليحلف
مكن منه قال في التهذيب فان لم يذكر القاضي نكول خصمه ابتداء بالبينة ولذا لو اثبت
عند قاض آخر نكول خصمه له ان يحلف وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي ثم حضر
الموكل له ان يحلف ولا يحتاج الى استئناف الدعوى انتهى اي بخلاف ما اذا كان
هو المدعي وعبارة البغوي في التعليق ولو انه ذهب لينظر في الحساب او يسال الفقها
او يأتي ببينة او حرث ثم عاد بعد ذلك فانه يحتاج الى استئناف الدعوى ومن اصحابنا من
قال انه لو ذهب ثم عاد بعد مدة له ان يحلف هذا اذا ذكر القاضي نكوله وذكر ما سبق
عن التهذيب ومنها قال الرافعي ومن اقام شاهدا واحدا ليحلف معه ثم انه
لم يحلف فهو كما لو ردت اليمين الى المدعي فلم يحلف فان علل الامتناع بعذر عاد الوجهان
في انه هل تجب مهلة ابدا او لا يزاد امهاله على ثلاثة ايام وان لم يتعلل بشيء او صرح بالنكول
فعلى ما في الوجيز والتهذيب يبطل حقه من الحلف وليس له العود اليه واستشهد
العراقيون على ما ذكروه هناك هنا وقال المحاملي في التجريد ولو امتنع من الحلف مع شاهده
واستحلف الخصم سقطت اليمين من جانبه الى جانب صاحبه فليس له ان يعود فيحلف
الا اذا عاد في مجلس آخر واستانف المدعي الدعوى واقام الشاهد له ان يحلف معه
وان قلنا بالاول لم تنفعه الا بينة كاملة انتهى وما ذكره عن الوجيز والتهذيب والعراقيين
هو الخلاف السابق عن المراوزة والعراقيين وغيرهم حيث لا شاهد اصلا وذكر ابو سعد
الهروي انه لو جدد دعوى اخرى جاز له ان يحلف بلا خلاف وفي تعليق ابرهيم المروذي
انه لو اقام شاهدا ولم يحلف معه فعرضنا اليمين على المدعى عليه فنكل فاراد ان يحلف فوجهان

كما ذكرنا اي فيما اذا نكل المدعى عليه ولم يحلف المدعي اليمين المردودة
ثم اقام شاهدا واحدا واراد ان يحلف معه فوجهان احدهما لا لانه
نكل عن اليمين مرة والثاني نعم لان هذه اليمين غير تلك اليمين ولم يوجد النكول
عن هذه اليمين انتهى وهذا الثاني هو الصحيح وقال الدارمي اذا حلف المدعى
عليه او نكل ونكل المدعي ثم جا المدعي بشاهدين او شاهد وامراتين او ويمين فيما
يدخل فيه حكم لزم العدلين والعدل والمراتين فان كان شاهد ويمين فقولان فان
كان شاهد ويمين فقولان وان كان حلف المدعى عليه قال ابن المرزبان القولان
وعندي يحكم قولا واحدا مثل القولان شاهد الشاهدان اقوى من الشاهد واليمين
او مثله على قولين انتهى بلفظه ومنها سبق في الشهادات انه اذا ترك الحلف
مع شاهده وطلب يمين خصمه اجيب فان حلف الخصم سقطت الدعوى قال الرافعي
وقال ابن الصباغ وليس له ان يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو اقام بينة بعد
يمين المدعى عليه حيث تسمع انتهى فاشعر كلامه انه انما يسقط يمينه مع شاهده اذا
حلف المدعى عليه لا قبل حلفه وفي البيان ان حلف مع شاهده فذاك وان قال لست
اختار ان احلف معه سقطت اليمين حينئذ وصارت في جنبة المدعى عليه فان اراد
المدعي ان يحلف مع شاهده لم يكن ذلك في هذا المجلس الا ان يتفرقا عن ذلك المجلس
ويدعي عليه ثانيا وينكر فله ان يقيم شاهده ويحلف معه لانها قد سقطت في هذه الدعوى
فلم يعد اليه الا في دعوى اخرى انتهى وهذا ما نقله الرافعي عن المحاملي واحسنه قول
العراقيين او جمهورهم وكلام الشامل مصرح ايضا بان بامتناعه من الحلف مع شاهده
يسقط حقه من اليمين نعم تقبل البينة بعد اليمين لان تعذر البينة لا يسقط وامتناعه
من اليمين يسقطها يوهم انه لا يسمع يمينه مع شاهده بعد حلف المدعى عليه مطلقا
وليس كذلك وتوهم ان سماع البينة الكاملة بعد حلف المدعى عليه انما يكون عند التعذر
وليس كذلك ومنها قال الامام في باب الامتناع من اليمين اذا اقام المدعي
شاهدا فكيف وجه نكوله ومن تعرض عليه اليمين حتى ينكل وما الماخذ الفقهي الذي
يربط النكول به فيقول في ايضاح ذلك اذا استعدى على خصمه واحضر مجلس الحكم وادعى
وانكر الخصم فان اقام بينته فذاك وان لم ينبها على القاضي ان يقول للمدعي احلف خصمك

ان ارد ت والا فاقطع طلبك عنه واترك رفعه الى مجلس الحكم فاذا اقام شاهدا
واحدا وتمكن من الحلف معه فلم يحلف فينتهي الامر الى ما ذكرناه من تحليف الخصم
والزم المدعي قطع الخصام والا دب الا ان يرفعه الى المجلس في كل ساعة يصدب
القاضي فيها للقضا ولا يقيم بينه ولا يحلفه ولا سبيل الى ان يسوغ هذا فخرج من مجموع ما
ذكرناه انه اذا اقام شاهدا ابان له القاضي انه لو حلف معه يثبت حقه فان لم يحلف
ابان له انك لو لم تحلف المدعي عليه منعتك من اعادته الى مجلس الحكم انتهى واحسب بعض
ما ذكره رحمه الله من تصرفه فاني لم اره في كلام من تقدمه **قال** وان استمهل
المدعي عليه حين استحلف لينظر في حسابه لم يمهل وقيل يمهل ثلاثة ٥ اذا اراد الحاكم استحلاف
المدعي عليه فقال امهلوني لانظر في حسابي او اسال الفقها قال الرافعي فوجهان اشبههما
انه لا يمهل الا ان يرضى المدعي لانه مجبور محمول على الاقرار او اليمين بخلاف المدعي فانه
مختار في طلب حقه والثاني وبه قال صاحب الافصاح انه يمهل للحاجة ولا يزاد على ثلاثة
ايام كيلا يستضر المدعي واختار القاضي الروياني وجه الامهال وقال فيما اذا استمهل ليسال
الفقها ان قضاة بلدنا استحسنوا الامهال يوما انتهى وما ذكر عن الافصاح هو ما اورده
في الشامل عنه ولم يحك سواه وامهاله ثلاثا هو الجواب في المهذب والبيان واشراف
الهروي وعليه ينطبق قول الدارمي وامهما ذكر يسبب او حسابا انظر وسبق انه قال ينظر
على العرف واقتضى كلام الذخاير ان المذهب الامهال حيث اورده جازما به بلا نسبة
ثم قال وقال الخراسانيون لا يمهل لانه محمول على الحلف والحق فلا يمهل واشار بذلك
الى الامام والفوراني والغزالي وغيرهم من المراوزة وقال الماوردي لا يسال المدعي
عليه عن سبب النكول الا ان يبتدي فيقول انا متوقف عن اليمين لانظر في حسابي
فينظر ما قل من الزمان والابلغ انظاره ثلاثة ايام وذكر شريح الروياني انه حكي ان
الشافعي رضي الله عنه قال في باب الشاهد مع اليمين لو قال بيني وبين الرجل معاملة وحضرني
واماه من اتي به فسالته امهلته حتى يساله قلت ——— رايت هذا النص في الام بلفظه
لكنه انما ذكره فيمن امتنع ان يحلف مع شاهد فقال امهلته حتى يساله ولم اقض له بشي على
المشهود عليه انتهى وبالجملة فالمرافق على انه يمهل وهل يمهل ثلاثا او ما قبل الثلاث
او على العرف او الى اخر المجلس فيه ما ذكرناه ويأتي والمختار الامهال اذا لم يتفاحش

فلو

عنده ولم تشعر به المدعي وتشبه ان يرجع في قدره الى اجتهاد الحاكم الاهل
وكذا في اصله فان تفرس في الخصم لددا ومراوغة لم يمهله والا امهله قدر ما يودي اليه
نظره وارهاقه الى احد الامرين في الحالة الراهنة بعد **قال** ولو
استمهل في ابتدا الجواب امهل الى اخر المجلس ٥ عبارة المحرر فقد ذكر انه
يمهل الى اخر المجلس اشار به الى قولين في الشرحين ولو استمهل المدعي عليه في ابتدا
الجواب لينظر في الحساب ذكر القاضي ابو سعد انه يمهل الى اخر المجلس ان شا اي
القاضي وحكى القاضي شريح الروياني هذا عن ابي عاصم العبادي فيما اذا توجهت
عليه اليمين فابى ان يحلف وقال امهلني فان لي بينة اقيمها وانظر في حسابي انه قال
يمهل الى اخر المجلس ان شا القاضي انتهى فان ظهر فرق بين التصوير بن فالنقل
مختلف وتشبه ان لا يفرق بين استمهاله في ابتدا الجواب وبين استمهاله باليمين
بعد الجواب **فايدة** قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في القواعد قال
الامام رحمه الله لا يجب اليمين قط وليس هذا على اطلاقه ولا بد من تفصيل اما يمين
المدعي عليه فان كانت كاذبة فحرام او صادقة نظر فان كان الحق مما يباح بالاباحة
كالاموال يخير بين الحلف والنكول اذا علم ان خصمه لا يحلف كاذبا واذا غلب على ظنه
انه يحلف كاذبا فالذي اراه انه يجب الحلف دفعا لمفسدة كذب خصمه كما يجب النهي عن
المنكر وان كان الحق مما لا يباح بالاباحة كالدما والابضاع فان علم ان خصمه لا
يحلف كاذبا تخير في الحلف والنكول كما في الاموال وان غلب على ظنه انه يحلف لم
يحل له النكول لما فيه من التسبب الى العصيان لان الله قد اوجب حفظ هذه الحقوق
بما قدر عليه المكلف من اسباب الحفظ واليمين هنا حافظ متعين فلا يجوز تركه
وكذلك يجب حفظ الوديعة من الظلمة بالايمان الحانثة ثم ذكر من الامثلة ان
يدعي عليه القتل او القطع كاذبا او على امراة النكاح او الرق او على رجل انه عبد
وكذلك لو كان يدعي عليه بحد القذف فلا يحل له النكول ليكون عونا على جلده و
عدالته والعزل عن ولايته التي يلزمه المضي فيها او يدعي على الولي المجبر انه زوجه
ابنته فلا يحل له النكول وكذلك ولي اليتيم حتى تسترع اليمين في حقه في التصرفات
المالية كيلا يكون عونا على اكل اموال اليتامى ظلما ويلحق بذلك اذا لاعن امراته كاذبا

لا يحل لنا النكول كيلا نكون عونا على جلدها او رجمها وفضيحة اهلها ٥ واما
يمين المدعي فان كانت كاذبة لم تحل او صادقة فان كان الحق المدعى به مما يباح
بالاباحة فالاولى بالمدعي اذا نكل ان يسمح الحق او يهرب منه دفعا لمفسدة اصرار
خصمه على الباطل وان كان الحق مما لا يباح بالاباحة ويعلم ان الحق يوخذ منه اذا
نكل فيلزمه ان يحلف حفظا لما يحرم بذله وذكر من الامثلة ان تدعي الزوجة المسموه
فينكر وينكل فيلزمها الحلف حفظا لبضعها من الزنا ودواعي الخلوة وغيرها او
تدعي الامة العتق فينكر السيد وينكل فيلزمها الحلف حفظا لبضعها ولما يتعلق
بحرمتها من حقوق الله وحقوق عباده وكذلك العبد يدعي العتق فينكر السيد
وينكل والرابع ان يدعي القاذف عفو المقذوف فينكر وينكل فيلزمه الحلف ليحمي
من الجلد ولو نكل الولي عن ايمان القسامة فان اوجبنا بها القصاص وجب والا فلا
انتهى وهذا المثال غير واضح **قال** ومن طولب بزكاة فادعى دفعها
الى ساع آخر او غلط خارص والزمناه اليمين فنكل وتعذر رد اليمين فالاصح انها
توجد منه ما سبق من انه ترد اليمين على المدعي ولا يقضى بالنكول هو الاصل المقرر
لكنه قد تتعذر اليمين في صور فذهب ذاهبون من الاصحاب الى القضاء فيها بالنكول
للحاجة **احدها** اذا طولب بالزكاة فقال ادّيت الى ساع آخر وبادلت بالنصاب
في اثناء الحول او غلط الخارص في الخرص او اصابت الثمار جائحة وابهم الساعي فحلف
ندبا او وجوبا فيه خلاف سبق هناك فان نكل لم يطالب بشي ان قلنا بالاستحباب وان
قلنا بالوجوب فان انحصر المستحقون في البلد ومنعنا النقل ردت اليمين عليهم
والى هذه الصورة اشار المصنف بقوله وتعذر رد اليمين وان لم ينحصروا تعذر الرد
وما الذي يفعل فيه اوجه اشهرها ولم يورد جماعة سواه اخذ الزكاة منه وكيف
سبيله راى ابن القاص وجماعة انه حكم بالنكول ورواه عن ابن سريج وجوز ذلك
للضرورة قال اكثرهم ليس حكما بالنكول ولكن قضيته ملك النصاب ومضي الحول الوجوب
فاذا لم يثبت دافع اخذنا الزكاة وثانيها انه لا يطالب بشي لانه لم تقم عليه حجة وثالثها
انه يحبس حتى يقر فتوخذ منه او يحلف فيعرض عنه وعزاه شارح الروياني الى ابن
سريج وقال الامام انه بعيد عن قاعدة الشافعي ورابعها الفرق بين ان يكون المالك

على صورة المدعي فان قال ادّيت في بلد آخر او الى ساع آخر فيوخذ منه
الزكاة ان لم يحلف وبين ان يكون على صورة المدعى عليه كقوله ما تم حولي او ما في
يدي لفلان المكاتب فلا يوخذ منه وهذا ما نسبه المروذي والبغوي هناك
الى ابن سريج ورجحه هو وغيره ونسب غيره اليه الاخذ مطلقا **اشارات**
قوله او غلط خارص اي بعد التزامه القدر الواجب فيها ثم ادعى عند الاداء
الغلط قاله في الكافي **وقوله** والزمناه اليمين اي على الوجه المرجوح ٥
تنبيه ان الخلاف في وجوب اليمين فيما اذا لم ينحصر المستحقون في البلد فلو انحصروا
وقلنا يجب الدفع اليهم وجب تحليفهم جزما فان نكل عنها ردت عليهم قطعا
واحترز المصنف وغيره بتعذر رد اليمين عما اذا انحصروا والى آخر ما هو ظاهر
اذا كانوا من اهل اليمين المردودة اما لو كان فيهم او كلهم صغار او مجانين فالرد
عليهم في الحال متعذر فيقضى عليه بالنكول او يوقف الامر وما الحكم لو كان
المال لمحجور لصبي او جنون وادعى فيه ما ادعاه في مال نفسه لم ار فيه شيا فتامله
٥ ما مر من انه اذا نكل وقلنا اليمين مستحبة انه لا يطالب بشي هو ما اورده
البغوي عن ابن سريج وغيره ما يقتضي انه يقضى عليه بالنكول مطلقا من غير تنا...
ثم قال ومن اصحابنا من قال يبنى على ان اليمين مستحق او مستحب المسلة **الصورة
الثانية** اذا مات ذمي او اسلم في اثنا السنة فهل يجب قسط ما مضى فيه خلاف
سبق فلو غاب ثم عاد مسلما فقال اسلمت قبل تمام السنة فلا جزية علي او ليس
علي تمامها وقال عامل الجزية بل اسلمت بعدها فعليك تمام الجزية قيل يحلف ندبا
وقيل وجوبا فعلى هذا لو نكل فهل يقضى عليه بالجزية ام لا يطالب بشي ام يحبس ليعترف
فتوخذ منه او يحلف فيترك اوجه قال الامام والبغوي وقيد ابن القاص المسلة بما اذا
غاب ثم عاد مسلما وظاهر هذا انه لو كان عندنا وصادفناه مسلما بعد السنة وادعى
انه اسلم قبل تمامها وكتم اسلامه لم يقبل قوله لان الظاهر ان من اسلم في دار الاسلام
لا يكتمه واختار في البسيط الوجه الثالث وهو ضعيف عندي لما فيه من السعي
وعدم التالف وضعفه امامه كما سبق واقرب منه انه ان ظهر لحال اخذت منه فيها
وحل سبيله ثم رايت الامام قال والذي اراه انا لو الزمناه في مسلة الغنم الجزية ان

الرابع في نسخة

لم تقم بينه باسلامه قبل انقضا السنة لم يكن بعيدا او قريبا ثم قال من الوجوه
الثلاثة التي ذكرناها انتهى وهذا ما جاوزته والظاهر انه لو ادعى الاعسار
ولم يعهد له مال انه يصدق بيمينه ويمهل **الصورة الثالثة** اذا ادعى ولد
المرتزق البلوغ بالانزال ورام اثبات اسمه في الديوان فوجهان احدهما يصدق بلا
يمين لانه ان كذب فكيف يحلف وهو صبي وان صدق وجب ان يجاب واصحهما
على ما ذكراه هنا يحليفه للتهمة فان نكل لم يثبت اسمه الا بالظهور بلوغه ونحوه من شهد الوقعة
من المراهقين فادعى الاحتلام حينئذ وطلب السهم فان حلف اعطي والا فوجهان
احدهما يعطى لان احتلامه لا يعرف الا منه واصحهما لا يعطى قال ابن القاص وهو
قضاء بالنكول وقال غيره انما لم يعط لان حجته في الاعطاء اليمين ولم توجد **واعلم**
ان الوجه القائل بانه لا يحلف هو قول ابي زيد وعليه جرى الامام والغزالي
في كتاب الاقرار واقتضى كلام الشيخين هناك انه الاصح وهو الاصح وبه جزما
في المحرر والمنهاج ثم تبعا في الترجيح هنا البغوي وغيره ولم يرجح البغوي هنا في
تعليقه شيا وفي البسيط هنا اذا قال الصبي استحقاق الاثبات المعالجة ولست
بالغ قال الشافعي يحلف فان نكل قتل وهو مشكل من حيث انه قطع بالقضاء بالنكول
وفيه وجه انه يحبس حتى يبلغ وقال البغوي في التعليق وفي تحليفه شي عجيب من حيث
انا نحلفه حتى يخرج عن اهلية اليمين ثم ذكر الغزالي مسألة المرتزق وحكى تحليفه عن
ابن القاص وعن الاصحاب انه يصدقه ولا يحلف وهو ملخص له من النهاية والله اعلم
الصورة الرابعة اذا مات من لا وارث له قال الرافعي فادعى القاضي او
منصوبه دينا له على انسان وجد في تذكرته وعبارة الحاوي في حسابه الموثوق به
فانكر الخصم ونكل عن اليمين فهل يقضى عليه بالنكول ويوخذ منه المال ام يحبس حتى يقر
او يحلف ام يترك فيه ثلاثة اوجه اصحها في الروضة واصلها الثاني وفي الذخائر انه
المذهب لانه ان كان صادقا فلا يجبر عليه في اليمين وان كان كاذبا فيلزمه الاقرار
صور المسألة فيما اذا ادعى حقا والتمس يمين الخصم ثم مات المدعي في الحال قال ويجري
الاوجه فيما لو ادعى وصي ميت على وارثه انه اوصى بثلثه للفقراء فانكر الوارث ونكل
انتهى وصحح البغوي في التعليق انه لا شي عليه في المسألتين جميعا وتبعه الامام ثم قال

البغوي ولو ادعى القيم وقفا على غير معين كالفقراء فانكر المدعى عليه ولم يحلف
ماذا نفعل فيه ثلاثة اوجه كما ذكرنا **انتهت** قول الرافعي فادعى القاضي
يقتضي ان القاضي يتكلم في مال بيت المال بعموم ولاية القضاء وفيه كلام اسلفته
هناك وعبارة الامام فادعى منصوب السلطان **قال** ولو ادعى ولي صبي
دينا له فانكر ونكل لم يحلف الولي لان اثبات الحق للانسان بيمين غيره مستبعد
وكما لا يحلف البائع والوكيل وقيل يحلف لانه المستوفي وقيل ان ادعى
مباشرة سببه حلف اي والا فلا قال الرافعي واجرى هذا الخلاف فيما اذا اقام
شاهدا واحدا هل يحلف معه وفيما اذا ادعى على الولي دين في ذمة الصبي هل
يحلف اذا انكر والوصي والقيم في ذلك كالولي ويجري في قيم المسجد ومتولي الوقف
اذا ادعى للمسجد او للوقف وانكر المدعى عليه ونكل ثم مال المذهبيون الى ترجيح المنع
من الوجوه الثلاثة ولا باس بوجه التفصيل ولقد رجحه ابو الحسن العبادي وبه
اجاب السرخسي في الامالي فان منعنا رد اليمين الى الولي والوصي فينتظر بلوغ الصبي
وافاقة المجنون ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه وصيرورة اليمين موقوفة
الى البلوغ والافاقة ويعود في المدعي للمسجد والوقف الوجهان في انه يقضي عليه
بالنكول او يحبس ليحلف او يقر قال وقيم المحجور عليه اي لسفه اذا ادعى له ونكل
المدعى عليه يحلف المحجور انه يلزمه تسليم هذا المال ولكن لا يقول الي وقيمه يقول
في الدعوى يلزمه تسليمه الي انتهى **تنبيهان احدهما** ما مال اليه من
التفصيل هو ما صححاه في كتاب الصداق فيما اختلف في قدره الولي وزوج الصغيرة
ونحوها فانهما رجحا التي ليفيه في كتبهما وسبا تصحيحه الى الاصحاب ثم قال الرافعي اثر
ذلك والاظهر من الوجهين المنع فيما لا يتعلق بانشا الولي وضعفا وجه الوقف الى
البلوغ كما بيناه ثم وقال صاحب الذخائر بعد قوله في صورة من مات ولا وارث له
ان المذهب ان الخصم يحبس حتى يحلف او يقر ويجري مثل هذا الوجه في دعوى الولي
دينا للصبي فان زمن الصغر قد يطول او يودي الى ضياع الحق بموت الخصم
او غيبته انتهى **ثانيهما** حمل في الذخائر المجنون المطبق يدعي له وليه فينكر الخصم
على الخلاف فيمن مات ولا وارث له وقضيته ان المذهب انه يحبس حتى يحلف او يقر قال

واما ان كان حتى وصي فكالصبي فينتظر وقت افاقته اذا قلنا ينتظر
بلوغ الصبي انتهى واحسب هذا من تصرفه لا نقله **ثالثها** جزم الرافعي اثنا اذا
منعنا رد اليمين الى الوصي والولي فلينتظر بلوغ الصبي وافاقة المجنون وتبعه
في الروضة هنا الى اخره وقال في كتاب الصداق بعد ذكرهما ان الاصح عند الاصحاب
ان ولي الصغير او الصغيرة يحلفان فلو نكل الولي فهل يقضى بيمين صاحبه
او نتوقف حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فلعلهما يحلف وجهان اذا اشتهر فليت
صحح الامام ثانيهما وجميع ما ذكرناه فيما يتعلق بما باشره الولي اما لو ادعى على رجل انه
اتلف مال الطفل فانكر ونكل فهل يحلف الولي وجهان اصحهما لا فعلى هذا لا
نقضي بالنكول بل نتوقف حتى يبلغ الصبي وفي وجه لا يعرض اليمين على المدعى
عليه ونتوقف في اصل الخصومة **فرع** قال في كتاب الصداق و اللفظ
للروضة وافتى القفال فيما اذا ادعى الولي على رجل دينا ودينه للصبي واقام بينة
فقال الخصم كنت قضيته او ابراني مورثه انه لا يحلف الولي بل يحلف الصبي اذا
بلغ على نفي العلم بذلك اي ويلزم المدين بالتوفية في الحال كما صرح به البغوي في الفتاوى
وقاله غيره وفي المجنون كما سبق في وكيل الغائب وقاله القفال في صورتي الصبي والمجنون
ولو افرالقيم بما قاله الخصم انعزل واقام القاضي غيره ولو ادعى ان هذا القيم
قبضه حلف وسبق في القضاء على الغائب انه لو ادعى قيم الصبي دينا له فقال الخصم
انه اتلف علي من جنس ما يدعيه ما هو قصاص لدينه لم ينفعه بل عليه اداء ما ادعاه القيم
فاذا بلغ الصبي حلفه في فتاوى القفال ان قيم المجنون اذا ادعى على آخر مالا
له فقال كان ابراني منه قبل جنونه او قبضه مني لزمه الدفع هذا ظاهر المذهب
ومن اصحابنا من قال لا يلزمه الدفع لانه ما اقر الا في ضمن ما يبرئه ولا يفصل بعض
الكلام عن بعض اذا كان متصلا ثم ذكر انه اذا ادعى قيم الصبي دينا له فقال قد اتلف
علي من جنس هذا المال ما هو مثل حقه فقال له اقبض هذا ثم اذا بلغ الصبي ادعى
عليه انتهى ورايت في روضة الحكام اذا ادعى الوصي فنكل الخصم سئل اليمين الى
الصبي حتى يحلف اذا ادعى الوصي فنكل الخصم ينقل اليمين الى الصبي حتى يحلف اذا
بلغ ويوقف المال اذا كان عينا كما يوقف اذا اقيم شاهد واحد وادعى المدعي ان له

شاهدا اخر وقيل يخرج من يده قال حدثت والمذهب انها لا تخرج من يده وان
كان دينا في الذمة امر بتعيينه او يحجر عليه في ماله حتى يبلغ الطفل ومن قال في
الدين مثله هذا لفظه ولا وجه لامره بتعيين الدين ولا باستخراجه منه ⦿
افتى ابن عبد السلام انه اذا ثبت دين لطفل او مجنون على تركة مستحقها كذلك
لم يوخذ في الحال ولا نتوقف اخذه على بلوغه ويمينه اذ لا يجوز تاخير حق يجب على الفور
لامر محتمل قال ولا يشهد لذلك شي من اصول الشرع وشاذ اليمين الى بلوغ الصبي رشده
وافاقة المجنون رشيدا قاله في الموصليات **فصل** **قال**
ادعيا عينا في يد ثالث اي ولم ينسبها ذو اليد الى احدهما بحال لا قبل البينة ولا بعدها
واقام كل منهما بينة اي بما له سقطتا لانهما متناقضتا الموجب ولا ترجيح كدليلين
تعارضا ولا ترجيح فعلى هذا كانه لا بينة ويصار الى التحليف ونسب البحر وغيره هذا
القول الى القديم وفي الشامل انه المنصوص هنا يعني في المختصر وقال في موضع آخر انه
الجديد وقاله غيره قال الربيع وهو الصحيح والظاهر وعلى ترجيحه جرى العراقيون
وغيرهم وقال البندنيجي انه المنصوص في الام والبويطي وبه قال احمد ومالك في رواية
واختاره المزني **قال** وفي قول يستعملان اي صيانة لهما عن الالغا
بقدر الامكان وهذا ما عزاه في الشامل في موضع الى القديم وهو عند المراوزة مخصوص
بما اذا لم يتكاذبا صريحا كما اذا شهدنا بالملك فانا نقول لعل كل واحد منهما سمعت وصيته
او شري او غيره فاما اذا تكاذبا صريحا بان شهدت بقتله وقت كذا واخرى بحياته
وقيد وطريقة العراق عدم الفرق بل قال البندنيجي انه التعارض ان تشهد كل
بينة بضد الاخرى على صفة لا تنفك عن التكاذب بان شهدت بينة انه باع كذا من
زيد مع الزوال واخرى انه باعه من عمرو مع الزوال وان عمرا قتل زيدا بالبصرة
والاخرى انه قتله بالكوفة واختار القاضي الحسين قول التساقط في كل موضع يقطع
فيه بكذب احداهما وقول الاستعمال في كل صورة يحتمل فيها صدق البينتين والحاصل
بان طرف القطع بالتساقط اذا لم يمكن الجمع القطع بالاستعمال اذا امكن الجمع طرد القولين
في الحالين قال الرافعي وهو الاشهر وارادا بي الحسن العبادي بتساق الطريقة اخرى
نفي الخلاف ويقطع بالتساقط عند تيقن الكذب في احديهما وبالاستعمال عند امكان صدقهما

كما في الوصية **قال** متفرعا على قول الاستعمال وفي قول تقسم اي ما
تقبل القسمة والمراد ان تجعل بينهما نصفين لما في صحيح ابن حبان عن ابي هريرة
ان رجلين تداعيا دابة فاقام كل واحد منهما شاهدين فجعلها النبي صلى الله
عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي موسى ان رجلين ادعيا بعيرا او دابة الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاقام كل واحد منهما شاهدين فقضى صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين
قال الحاكم صحيح على شرطهما ورواه ابو داود باسناد كلهم ثقات واعل بما سياتي ولان
البينة اقوى من اليد ولو ساوياه لاليد لقسم بينهما **قال** وفي قول يقرع اي
ويرجح جانب القارع لما في مراسيل ابي داود عن سعيد ابن المسيب قال اختصم رجلان
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في امر فجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدد واحد
فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم انت تقضي بينهما فقضى للذي خرج له
السهم وذكر البيهقي له شاهدا **قال** وفي قول توقف حتى يبين او يصطلحا
لان احداهما صادقة والاخرى كاذبة فاشبه المراة بزوجها دليان فزنيا ونسي السابق
وكما لو طلق احدى امراتيه ومات قبل البيان وسكت الشيخان عن ترجيح شي من هذه الاقوال
المتفرعة على الاستعمال وقال القاضي الحسين والامام ان قول الوقف اعدلها
وصححه الفارقي وقال في البسيط انه الوجه في البيان قال الربيع وهو الاصح وقال
الماوردي انه البصريين اشتهوا من تخريجه وهو الاشبه لان وقف البينة على البيان
يوجب الحكم به لا بالبينة انتهى وبسط الشافعي في الام القول في المسئلة ثم قال وانا استخير
الله تعالى في القول بالقرعة او القسمة وانا فيه واقف ثم قال لا اعطي احدا منهما شيئا ويوقف
حتى يصطلحا انتهى **تنبيهات** اذا اقر ذو اليد بالعين لاحدهما بعدما اقاما البينتين
فان قلنا بالتساقط قبل اقراره وحكم به وان قلنا بالاستعمال فوجهان احدهما يصير
المقر له كصاحب يد فيرجح بينته وثانيهما لا لان يده بعد البينة مستحقة الازالة ولو
اقر قبل تمام البينتين قبل اقراره قطعا وصار المقر له صاحب يد قاله في الروضة
ولم يرجحا في صورة التوجيه شيئا وينبغي ان يرجح ثانيهما لما ذكره ان اجاب اصحابنا لم يحوزوا
للتساقط عن حديث ابي هريرة باحتمال كون المدعى في ايديهما معا فابطل البينتين وقسمه
بينهما باليد وجزم بعضهم بحمله على ذلك وعن حديث ابي موسى بانه جاء في سنن ابي داود

وذك

وذكره البيهقي في خلافياته انه ليست لواحد منهما بينة ثم قال البيهقي وفيه مقال
من وجهين احدهما ان متنه مختلف كما بيناه وهو حديث واحد والثاني ان
فيه ارسال تعال ان ابا بردة لم يسمعه من ابي موسى قال حماد بن سلمة قال سماك ابن
حرب انا حدثت ابا بردة بهذا الحديث ولهذه العلة لم يخرجه الشيخان في الصحيح
واجابوا عن مرسل سعيد بانه يحتمل ان يكون ذلك الامر عتقا او قسمة قاله في الشامل
وغيره وعن القياس عن اشتباه الناكحين بامكان التذكر هناك وبابه الوصف
قال البغوي ليف الشافعي قول القسمة وقال انه قضاء على خلاف ما يدعيه كل واحد
منهما وبخلاف البينتين واعرضنا عن التفريع على قول الاقراع **قال** ولو
كانت في يدهما اي وادعى كل واحد منهما جميعها لنفسه كما سبق واقاما بينتين بقيت
كما كانت قال الرافعي هذا حاصل الفتوى من طريقين الاولي وبها اخذ الفوراني
محي القولين في السقوط والاستعمال فان اسقطنا بقي المال في ايديهما كما كان وان
استعملنا فعلى قول القسمة يجعل بينهما ولا يجي قول الوقف اذ لا معنى له مع ثبوت اليد
وفي القرعة وجهان اي وفي مجي قول القرعة وجهان كما قاله في العدة والثانية وبها
قال ابن الصباغ والبغوي يجعل المال بينهما لان بينة كل واحد منهما ترجح فيما بيده
وكان هولاء اشتهوا من اجرا الاقوال وقالوا محلها ما اذا اختلف البينتان عن
مرجح والذي من اسباب الترجيح انتهى وابن الصباغ وغيره نقلوا المسئلة عن الام
ولفظ الشامل تنازعا دارا في يديهما واقام كل البينة ان جميعها له حكم ببينة كل واحد
منهما في نصفها لان مع بينته فيه يدا وهل يحلف مع بينته فيه قولان ذكرناهما في بينة
الداخل والخارج انتهى وعبارة تعليق البغوي ولو اقام كل واحد منهما بينة فيجعل
الدار بينهما لان كل واحد منهما ترجح بينته في النصف الذي في يده باليد وبيان
هذا انه لو اقام بينة سمعت في النصف الذي في يد صاحبه دون النصف الذي في يد
صاحبه اذا اقام بينة سمعت على الذي في يد صاحبه وفي الذي في يده ترجح باليد
ثم الذي اقام بينته اولا يعيد البينة على النصف الذي في يده وقد زال باقامة صاحبه
البينة وقد جزم يقول يحتاج الى اقامة البينة لتقع التعارض باليد ثم يكون الدار بينهما
نصفين حتى لو لم يعد البينة تقضي لشريكه بكل الدار انتهى ونقل الرافعي معنى هذا

احدهما

مختصرًا عن الابانة ثم قال وقال في الوسيط لا يبعد أن يتساهل في الإعادة انتهى
تنبيهات وتتمات منها الطريقان فيما إذا شهدت كل بينة بجميع الدار
فأما إذا شهدت لكل منهما بينة بالنصف الذي بيد صاحبه حكم القاضي لكل واحد
منهما بما في يد صاحبه ويكون المال في يدهما أيضا كما كان لكن لا بجهة التساقط ولا
بجهة الترجيح باليد ولو كان لأحدهما بينة دون الآخر قضي له بالكل سواء شهدت
له بالكل أو بالنصف الذي بيد صاحبه ومنها صورة المسألة كما قال الماوردي
إذا كافأت البينتان أما لو ترجحت احداهما بتقدم الملك خلص لصاحبها النصف الذي
بيده وتقابل في النصف الآخر ترجيح بينته بتقدم الملك وترجيح بينة الآخر باليد
فعلى قول أبي إسحاق يحكم له ترجيحا لبينته بتقدم الملك ويصير جميع الدار له وعلى ظاهر
المذهب وما عليه الجمهور يحكم بالنصف الآخر لذي اليد فتصير الدار بينهما نصفين
نعم إن كان قولا واحدًا لأنه محكوم لهما بالنصفين من غير إسقاط لهما ولا قسمة
باستوائهما ومنها لو لم يكن لواحد منهما بينة فكل واحد مدع في نصف ومدعى
عليه في نصف فيحلف كل على نفي ما يدعيه الآخر ولا يتعرض واحد منهما في يمينه
لإثبات ما في يده بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده نص عليه الشافعي
رضي الله عنه وهو المذهب فإن حلفا أو نكلا ترك المال في يدهما كما كان وإن حلف
واحد قضي له بالكل ثم إن حلف من بدأ القاضي به ونكل الآخر بعد حلف الأول
اليمين المردودة وإن نكل الأول وبذل الثاني اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي
للنصف الذي بيده ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فهل تكفيه الآن يمين
واحدة بجمع النفي والإثبات أم لا بد من يمين للنفي وأخرى للإثبات فيه وجهان
أصحهما في أصل الروضة الأول فيحلف أن الجميع له لا حق لصاحبه فيه أو يقول لا حق
له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي قاله الرافعي وقال ابن أبي الدم
يحلف كل واحد منهما أنه مالك لنصفها ولا يحلف أنه مالك لجميعها وإن كان مدعيا
لجميعها وفيه وجه أنه يحلف على الجميع اعتبارا بالدعوى هكذا ذكره الماوردي وذكر
القاضي أبو الطيب في التعليق على النصف ولا يجوز أن يحلف على الكل قال ومن
صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ قال وهكذا الحكم فيما إذا ادعيا حائطا بين

بين داريهما أو سقفا بين سفل وعلو يحلف كل واحد على النصف ولا يحلف
على الكل انتهى وهذا ما صححه الشيخان في الصلح والمنسوب ثم في الحاوي والبحر
إلى الجمهور أنه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه وسبق
أنه على الوجهين أنه لا بد أن تتضمن يمينه النفي والإثبات وأن في النهاية أنه يحلف
على النصف الذي بيده يمين الإثبات وقال الماوردي إذا اختلفا في متاع البيت
حلف كل من الزوجين على نصفه وجعل بينهما نصفين ولا يحلف على ما في يد صاحبه
وعند أبي حنيفة يحلف كل واحد منهما على جميعه قال ابن أبي الدم وهذا يناقض
ما ذكره في مسألة الحائط ويجب طرد الخلاف في متاع البيت وقال الشيخ أبو علي يحلف
كل واحد أنه لا يلزمني تسليم ما في يدي إليك ثم يقسم بينهما نصفين وقال الشيخ
أبو نصر يحلف كل واحد على ما في يده وهو نصفه انتهى **فرع** في يد عين
فادعاها زيد وأقام بها بينة فحكم له بها وسلمت إليه ثم جاء عمرو فادعاها فأقام بينة
بها قال ابن سريج تعارضتا فإن قلنا بالتساقط فكما لو لم تكن بينة وإن قلنا بالاستعمال
فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة لتعارض بها بينة عمرو ينبني على القولين في البينتين
إذا شهدت احداهما بملك متقدم فإن قدمناها لم يحتج زيد إلى الإعادة ببينته وإن
قلنا باستوائهما فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة فيه قولان أحدهما لا يحتاج إلى الإعادة
لأنه ثبت الملك له يوم الشهادة والأصل بقاؤه إلى أن يعلم خلافه والثاني يحتاج
إلى الإعادة بينة لأن الحكم والتعارض في الملك في الحال وبينة زيد لم تشهد له بالملك
في الحال بل في وقت متقدم فلا بد أن تثبت له الملك في الحال ليعارض البينة التي تشهد
لعمرو بالملك في الحال ذكره العمراني وغيره **فرع** ادعى نصف دار وآخر كلها
وهي بيد ثالث وأقام كل بينة تعارضتا في النصف فعلى قول التهاتر تسقطان في النصف
المتعارض فيه وأما النصف الآخر فعن ابن سريج وجماعة أنه على قولين في تبعيض الشهادة
إن منعناه بطلت في ذلك النصف أيضا وكان لا بينة لهما وإن بعضناها سلم النصف
لمدعي الكل وامتنع الشيخ أبو حامد من هذا التخريج وقال موضع الخلاف ما إذا كان
الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها فأما إن كان بسبب التعارض فلا يمنع أن
يباشر الباقي الأثر إنا إذا قلنا بالقسمة عند التعارض ترد كل بينة في بعض ما تشهد

به ولا يخرج الباقي على ذلك الخلاف وهذا اصح عند الشيخ ابي علي وان قلنا
بالاستعمال سلم لمدعي الكل النصف ويقسم النصف الآخر وان قلنا بالقسمة فيكون
لمدعي الكل ثلاثة ارباعها وان اقرعنا فيقرع للنصف وان توقفنا وقف ولو تداعيا
كذلك وهي في يدهما فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي بيده فان اقام
الآخر بينة بالكل قضي له بالكل وان اقام كل واحد بينة بدعواه بقيت في يدهما
كما كانت ولكن التصوير فيما اذا اقام مدعي الكل بينة اولا لان الآخر لا يدعي الا
النصف وهو ذو يد فيه وذو اليد لا يحتاج الى بينة في الابتدا كما سنبينه فاذا
اقاما اقام المدعي النصف بينته فيرجح باليد ولا يتعرض بينة مدعي الكل للكل
وان استغني عنها في النصف الذي بيده لو انتزعت البينة على ان النصف الذي
بيد صاحبه لحصل الغرض ايضا ولو ادعى احدهما الثلث والآخر الكل فان كانت
بيد ثالث فعلى قول التهاتر يتساقطان في الثلث وهل يبطل بينة الكل والثلثين فيه
ما سبق من التخريج على التبعيض ومنعه وان استعملنا وقسمنا حصل لمدعي الكل خمسة
اسداسها وان اقرعنا اقرع في الثلث او بالتوقف وقف وان كانت في يدهما
واقام كل بينة فلمدعي الثلث الثلث والباقي للآخر **فرع** في يد بكر دار
فادعى زيد نصفها فصدقه وعمرو نصفها فكذبه بكر وزيد ولم يدعه واحد منهما
لنفسه فهل يسلم لعمرو او يوقف بيد بكر او ينتزعه القاضي ويحفظه الى ظهور المالك
اوجه اوردها الفوراني زاد في الروضة **قلت** اقواها الثالث والله اعلم
وقد قال فيما اذا ادعى عليه عينا فقال هي لرجل لا اعرفه او لا اسميه ان اصح هذه
الاوجه انها لا تنتزع من يده كما سبق بما فيه ولعل هذه الصورة اولى بالاتفاق بعدم
فرع دار بيد ثلاثة ادعى احدهم كلها وآخر نصفها والثالث ثلثها واقام
كل من الاولين بينة بما ادعاه دون الثالث فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد والمدعي
النصف كذلك يعمل عن الكل ايضا نصف ما في يد الثالث ببينته السليمة عن المعارض
وفي النصف الآخر منه وبينة مدعي النصف فان اسقطناها فالقول قول الثالث
في هذا السدس وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان
في تبعيض الشهادة وان قلنا بالاستعمال لم يخف الاقراع والتوقف وان قسمنا قسم

بينهما

بينهما هذا السدس بالسوية فيصير لمدعي الكل نصف ونصف سدس ولمدعي
الباقي هكذا اورده الشيخ ابو علي وغيره **فرع** تداعيا عينا في يد ثالث
فانكر فاقام احدهما بينة انه غصبها منه واقام الآخر بينة انه اقر بغصبها منه
فالبينة الاولى اولى لانه لما ثبت الغصب من طريق المشاهدة فقد اقر صاحب اليد بالمغصوب
لغيره فيلغو اقراره نص عليه في الام والمختصر وجرى عليه الاصحاب قال الامام ولا
غرم ههنا على المقر للمقر له قولا واحدا وقد ذكرنا هذا الفرع مرة والله اعلم **قال**
ولو كانت بيده فاقام غيره بها بينة وهو بينة قدم صاحب اليد ولا تسمع بينته الا
بعد بينة المدعي ولو ازيلت يده ببينة ثم اقام بينة بملكه مسندا الى ما قبل ازالة
يده واعتذر بغيبة شهوده سمعت وقدمت وقيل لا **الشرح** من اسباب
الترجيح عندنا اليد فيقدم بينة الداخل وهو ذو اليد على بينة الخارج وهو من لا يد
له في المدعى الا في مسايل ياتي بيانها ان شا الله تعالى اذا عرفت هذا فهل يشترط
في سماع بينة الداخل ان يبين سبب الملك من شرى او ارث او غيرهما فيه وجهان احدهما
نعم اذ ربما اعتمدت ظاهر اليد واصحهما سماعها مطلقة كبينة الخارج مع احتمال انهم
اعتمدوا ابدا سابقة كذا اورد الخلاف وجهين للمراوزة **قلت** قال ابراهيم
المروذي واختار القاضي حسين الاشتراط احتياطا وهو المختار عند علماء
البينة لانها ظن ما ليس بسبب للملك سببا وروى الماوردي والبندنيجي الخلاف
قولين القديم نعم والجديد الاكتفا بالاطلاق ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين ان
يبين الداخل او الخارج سبب الملك او يطلقا ولا بين اسناد السبب واطلاقهما
اذا سمعنا بينة الداخل مطلقة ولا تعرضنا للسبب فلا فرق بين ان يتفق السببان
او يختلفا ولا بين ان يسندا الملك الى شخص بان يقول كل واحد منهما اشتريته
من زيد او يسندا الى شخصين وقيل اذا اسندا الى شخص واحد تساويا لاتفاقهما
على ان اليد كانت اماله وكل واحد يدعي الانتقال منه ذكر الفوراني واقتضى
ايراد الرافعي شذوذ نقل الماوردي الوجهين فيما اذا كانت دعواهما انتقال
ذلك اليهما منه بالبيع واقتضى ايراده ترجيح التسوية كما بينته في النسخة اذا علم هذا
فمتى تسمع بينة الداخل ولها احوال **احدها** ان يقيمها قبل ان يدعي عليه

فظاهر المذهب انها لا تسمع لان الحجة انما تقام على خصم ولا خصم فلا حاجة
اليها وقيل تسمع لغرض التسجيل **الثاني** ان تقيمها بعد الدعوى وقبل
ان اعاد الخارج البينة فان سمعناها في الحالة الاولى فهنا اولى والا فوجهان
اصحهما المنع ايضا **الثالث** ان تقيمها بعد اقامة الخارج البينة قبل تعديلها
فان سمعناها في الحالة الثانية فهنا اولى والا فوجهان اصحهما تسمع ويحكم بها لان
يده حينئذ قد اشرفت على الزوال فمست الحاجة الى تأكيدها ودفع الظاهر فيها **الرابع**
ان تقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها وقبل الحكم بها فقد اقامها في اوانها فتسمع لا محالة
فان لم تقمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلم المال اليه قال الرافعي فان لم يسند الملك
الى الاول فهو الآن مدع خارج وان اسندها الى ما قبل ازالة اليد واعتذر بغيبة
الشهود ونحوها فهل تسمع بينته وتقدم باليد المزالة بالقضاء فيه وجهان احدهما المنع لان
تلك اليد مقضي بزوالها وبطلانها فلا ينقض القضاء واصحهما انها تسمع كبينة اجنبي
يقيمها بعد قضاء القاضي للمدعي وينقض القضاء الاول لانها انما ازيلت لعدم الحجة
وقد قامت الحجة الآن وان اقام البينة بعد القضاء للمدعي وقبل الانتزاع والتسليم
فوجهان مرتبان واولى بالسماع والتقدم لبقاء اليد حسا وبالمنع اخذ القاضي الحسين
قال الهروي قال القاضي الحسين اشكلت على هذه المسألة نيفا وعشرين سنة لما فيها
من نقض الاجتهاد بالاجتهاد وتردد جوابي فيها فذكرت مرة انه ان تأكد الحكم بالتسليم
لم ينقض وان لم يتأكد فوجهان ثم استقر رأيي على انه لا ينقض سواء كان قبل التسليم او بعده
هذا حاصل ما اورد الرافعي في المسألة ووراءه **تنبيهات منها** في فتاوى
البغوي انه لو اقام بينة ان هذه الدار التي بيد زيد وقفها ابي علي وكانت ملكا له
يوم وقف فاقام زيد بينة انها ملكه قضي لزيد لليد وهذا قضية اطلاق الكتاب وغيره
وربما ذكرت فيه خلاف اطلق في المهذب وغيره انه لو حكم للخارج وسلمه العين ثم اقام
الداخل البينة انها ملكه سلم اليه وهو ما اورده الماوردي والقاضي ابو الطيب وادعى
فيه الاجماع ونقله ابن شداد عن العراقيين ثم قال وحكى الخراسانيون وجها انها لا تسمع
قال ابن الرفعة وحكى الامام في سماع بينته عن القاضي الحسين وجهين احدهما تسمع
اذا اسندت الملك الى حال قيام يده ثم ادامته الى حالة الدعوى كما كان يقضى له لو اقامها

وبين بعد واظهرهما عند القاضي المنع فلو اقام بينة على تملك من صاحب اليد
الآن سمعت قال الامام وهذا الوجه يحتاج الى شرح فذكره ثم قال وحاصل هذا الوجه
ان البينة المطلقة كانت تسمع منه في حال دوام يده على المذهب الظاهر واذا ازيلت
يده فلا تسمع اي مطلقة وسلك الرافعي تبعا للغزالي في التعبير عن الحكم في هذه المسألة
ما سبق وحاصل ما ذكره يرجع الى ذكر خلاف في سماع البينة مطلقة في حالتي اسناد
الملك الى ما قبل ازالة اليد وفيما اذا لم يسنده اما الاول فظاهر واما اذا لم يسنده
فقال انه الآن مدع خارج يعني خارج انتزعت العين منه بالبينة وليس فيمن انتزعت
العين منه بالبينة وعاد فادعى ملكها فهل تسمع دعواه من غير تلقي الملك من ذي
اليد ام يكفيه دعوى الملك مطلقا وجهان وجه الاول جعله كالاجنبي ودعواه المطلقة
مسموعة بلا خلاف فاذا اقام بينة مطلقة قضي له بها كما قاله القاضي الحسين وغيره
وعزاه الامام الى الاكثرين ووجه الثاني وذكر الرافعي ان بعض اصحاب الامام
قال انه الذي ذكره الاكثرون القياس على ما لو انتزعت منه باقرار فانه يحتاج الى
ذكر التلقي لا على وجه شاذ سيأتي وبالاول جزم الرافعي اي في خلافه وهو المذهب
وفرق الاولون بان المقر مأخوذ بقوله في حق نفسه في المستقبل ولهذا من اقر امس
يطالب به اليوم ولولا ذلك لم يكن في الاقرار كبير فائدة وحينئذ يستصحب ما اقر به الى
ان يثبت الانتقال بخلاف البينة فانها لم تشهد الا على الملك في الحال فلم يتسلط
اثرها على الاستقبال ومال الرافعي الى ترجيح الوجه الاول وقال ان مقتضى كلام
الاصحاب ترجيحه لانا حكينا عنهم فيما اذا اقام الداخل بينة بالملك بعدما انتزعت
العين بالبينة هل تسمع بينته ويقضى له بها خلافا والاصح السماع والقضاء وذلك الخلاف
مفروض فيما اذا اطلق دعوى الملك ولم يذكر التلقي فاما اذا ادعى التلقي فلا بد ان
تسمع دعواه وقد صرح به ابو الحسن العبادي **قلت** وابرهيم المروذي واذا
كان الاختلاف في اطلاق الدعوى ورجحنا وجه السماع لزم ان يكون الراجح هنا
انه لا حاجة الى ذكر التلقي **قلت** وفي هذا التخريج نظر لان محل السماع ثم اذا
اسند الملك الى ما قبل ازالة اليد مكتفيا بالدعوى السابقة معتذرا لتأخير اقامة
البينة عن محلها بغيبتها ونحوه اقامها قبل الحكم عليه ولو اقامها لما شهدت به بينة

الخارج من اصله فلذلك سقض الحكم على هذا الوجه وتقدم كان لم يكن وليس
كذلك ههنا لان هذه دعوى مستقلة وبينة مستانفة فلا يحسن الحاقها بتلك
البينة والله اعلم انتهى وهذا التحقيق ظاهر وقول الشيخين واعتدد بقيمة شهود
نقض اشتراط ذلك للسماع والحكم وسكتا عنها لكون قال اعتبر فالظاهر ان دعواه
الجهل بالبينة او بانها تسمع منه مع حضورها كاعتذاره بغيبتها **ومنها** وهو
تتمة لما قبله قال ابن ابي الدم حكى الامام عن القاضي الحسين انه لو قامت بينة الخارج
ولم يتمكن الداخل من اقامة بينته فسلم القاضي العين الى الخارج ثم احضر الخارج بينته
فهل تسمع فيه وجهان قال القاضي اظهرهما لا تسمع الآن تقم بينة على ملك من جهة الخارج
قال والذي رايته في تعليق القاضي ضد ما ذكره الامام عنه قال القاضي في تعليقه في موضع
اذا اقام الداخل بينة بعد القضاء عليه وقبل نزع العين من يده فيه وجهان اصحهما لا تسمع
وبعد النزع مرتب على ما قبل النزع ثم قال فرع لو اقام الداخل بينة بعد نزع العين من
يده بانه اشترى العين من الخارج او وهبها منه واقبضها له لا يقبل منه قولا واحدا
لان هذا دعوى ليا تنقض قضاء القاضي هذا لفظه وهو مناقض لما حكاه الامام عنه قطعا
انتهى وسياتي عن فتاوى القاضي ما ينازع فيما حكاه عن تعليقه **ومنها** قال
الرافعي هل يحلف الداخل مع بينته فيه وجهان او قولان اصحهما ويحكى عن نصه
في القديم انه لا يحلف كما لا يحلف الخارج مع البينة والثاني يحلف لاحتمال ان الشهود
شهدوا بظاهر اليد ويبنى هذا الخلاف على ان القضاء للداخل باليد ام بالبينة المرجحة
باليد احد الماخذين ان القضاء باليد لان البينتين اذا تعارضتا تساقطتا وصار
كانه لا بينة فعلى هذا لا بد من اليمين والثاني ان القضاء بالبينة وانما ترجحت باليد
كما ترجح الدليل في الاحكام الشرعية على معارضه وانما تسقط البينتان اذا تعارضتا
بلا ترجيح فعلى هذا لا حاجة الى اليمين انتهى وذكر غيره ان المنصوص انه لا يحلف وهو
المذهب في البحر لكن قضية هذا البناء ان يكون الصحيح وجوب اليمين لان المذهب
التساقط ولهذا قال ابراهيم المروذي وحيث سمعنا بينة الداخل ورجحناها هل
يحلف معها ان قلنا في بينتي الخارجين يتهاتران ويحلفان فههنا يحلف المدعى عليه
وان قلنا تستعملان فهل يحلفان مع القرعة ام لا فيه قولان فعلى هذا في المدعي

عليه

عليه وجهان احدهما بلى لقطع الشبهة واظهرهما لا ويكتفى بيده ترجيحا انتهى
قال ابن الرفعة وكلام الامام والقاضي الحسين مصرح باجراء الخلاف في اليمين
وان قلنا القضاء بالبينة ثم قال قال الامام انا اذا احلفناه على قول التهاتر
حلفناه على النفي واذا احلفناه على قول الاستعمال حلفناه على اثبات الملك كما يحلف
من خرجت له القرعة وعبارة ابن ابي الدم وهل يشترط في ترجيحه ان يحلف مع بينته
ان طلب الخارج يمينه فيه وجهان فان قلنا يحلف فيحلف على اثبات ملكه لا على
نفي ملك الخارج انتهى وفي تعليق البغوي وهل يحلف ذو اليد مع بينته ام لا فيه
قولان احدهما لا كالخارج والثاني يحلف لاحتمال شهادتهم بظاهر اليد وربما
يكون العين في يده باعارة او اجارة واصل هذين القولين ان الترجيح حصل بالبينة
ام باليد فيه وجهان ان قلنا باليد حلف لانه قد تعارضت البينتان فسقطتا ومن
اصحابنا من قال القولان مبنيان على تعارض البينتين في غير موضع ذي اليد ان
قلنا هناك يسقطان فههنا يحلف وان قلنا هناك يستعملان فههنا تقدم بينته
باعتبار يده ولا يحلف قال وهذا اصح انتهى **ومنها** سبق انه اذا ادعى
العين ببينة الخارج ثم اقام الداخل بينته ان الصحيح انه يحكم له بها وكنت اجزم بانه
محمول على ما اذا كان الحاكم ممن يقدم بينة الداخل لو وجدت قبل الحكم كما دل عليه
كلام كثيرين ثم رايت الماوردي قال قبيل باب القافة انه لو اقام زيد بينة بملكه
دار في يده واقام عمرو بينة بان حاكما حكم له على زيد بملكها كشف عن حكم الحاكم له فان
بان انه حكم له بها لان زيدا لم يكن له في تلك الحال بينة فنزعها منه بالبينة وجب ان
ينقض ما حكم به لعمرو لان زيدا قد اقام بها بينة مع يد وان بان انه حكم له بها
لعدالة بينته وجرح بينة زيد فان اعاد زيد تلك البينة المردودة لم تقبل واستمر
الحكم بها لعمرو وان اقام بينة غيرها حكم له بالدار ونقض الحكم بها لعمرو ولو بان انه حكم
بها لعمرو مع عدالة بينة كل واحد منهما لانه ممن يرى تقديم بينة الخارج على بينة
الداخل ففي نقض حكمه بها لعمرو وجهان احدهما المنع لنفوذه باجتهاد والثاني ينقض
ويحكم بها لزيد لان هذا الاختلاف وان لم يكن فيه نص فالقياس فيه جلي والاجتهاد
فيه قوي فينقض باقوى الاجتهادين اضعفهما وانما لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد مع

الكافي واحتمال الترجيح ملت وعلى الاول اقتصر شرح الروياني وهو الصحيح وقضية
كلام الجمهور ثم قال وان بان انه حكم بماله سببه ولم تسمع بينة زيد نظر في الحاكم
فان كان يرى ان لا يحكم ببينة الداخل مع بينة الخارج فني نقض حكمه الوجهان وان
كان يرى تقديم بينة الداخل فلم يسمعها بعد سماع بينة الخارج نقض حكمه بها لعمرو
وحكم بها لزيد وان لم يبن بعد الكشف السبب الذي اوجب الحكم بها لعمرو مع ثبوت يد زيد
وبينته فني نفوذ الحكم بها لعمرو وجهان واقتضى كلامه ترجيح النفوذ هنا وضعف وجه
النقض **فرع** في فتاوي القاضي الحسين رجل ادعى على رجل بان هذه الدار
او الضيعة التي في يدك اقررت بانها عارية في يدك من قبل واقام البينة بذلك ثم
اقام المدعى عليه بينة بان تلك العين كانت ملكا لابي فوهبها مني او لاجنبي فباعها
مني او اقام بينة مطلقة على انها ملكه لم يكن ذلك دفعا لبينة المدعي الآن تقيم بينة
بان ملكت هذه العين من جهة هذا المدعي ببينة او شرى انتهى وهذا انه موافق لكلام
الاصحاب ومخالف لما نقله ابن ابي الدم عن تعليقه وذكر في الفتاوي ايضا انه لو
ادعى عليه عينا في يده فانكر وحلف ثم مات فليس للمدعي ان يحلف الوارث ثانيا فلو
جاء وادعى على الوارث ثانيا فاقام الوارث بينة ان اباه حلف او اقر المدعي بذلك
لم يجز له تحليفه فان اقام بينة على الوارث اخذ الحق كما لو اقامها على المورث في حياته
وكذا لو ادعى دينا على رجل وحلفه ثم مات فليس له تحليف الوارث وان اقام بينة
اخذ بها ما يدعيه وقال في كره ولعله اصح اذا حلف المدعى عليه ثم مات فادعى على
وارثه بان لي على ابيك كذا وانت تعلم والتركة في يدك على العلم لانه يقول حلفا بوك
كاذبا ثم اذا حلف الوارث ومات له تحليف الوارث الثاني انتهى وهذا احسن ويجب
الجزم به اذا قال للوارث وانت تعلم وانه حلف كاذبا او قال وانت تعلم ان العين ملكي
وانه حلف كاذبا والله اعلم **قال** ولو قال الخارج هو ملكي اشتريته منك فقال بل
ملكي واقاما بينتين قدم الخارج اي على المشهور لزيادة علم بينته وهذا ما اورده
وزعم ابن الرفعة في الكفاية ان بينة الخارج اذا بينت سببا للملك من بيع او اتهاب ونحوهما
واطلقت بينة الداخل الشهادة بالملك انها تقدم نص عليه الشافعي وعند ابن سريج
بينة الخارج اولى لان معها زيادة علم قال كذا حكاه ابن ابي الدم قلت والذي رايته

في ادب القضاء له ان مذهبنا ان بينة الداخل تقدم على بينة الخارج الا في
مسايل منها اذا اقام الخارج بينة انه اشتراها من ذي اليد واقام
ذو اليد بينة انها ملكه مطلقا رجحت بينة الخارج ومنها اذا اقام الخارج
بينة انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد بينة انه ورثها من ابيه فبينة
الخارج اولى ذكره القاضي الحسين في تعليقه ومنها اذا اقام الخارج بينة
ان العين ملكه وان ذا اليد غصبها منه واقام ذو اليد بينة انها ملكه مطلقا
قال القاضي الحسين في موضعين من تعليقه بينة الخارج اولى قال وفيه اشكال
وعند الاصحاب بينة ذي اليد اولى وحكى البغوي فيها وجهين مخالفا لما افتى استاذه
وقال العراقيون كلهم او غالبهم بينة الخارج اولى ولم يحك احد منهم فيها اعلمه خلافا
وقال الشيخ ابو علي الصحيح انه يقضى لذي اليد والصحيح عندنا ما اختاره العراقيون
لان معه بينة الخارج زيادة علم وهو غصب ذي اليد لها منه وبينة ذي اليد اعتمدت
على ظاهر اليد الذي ثبت بينة الخارج انها عاصبة انتهى واقتضى ايراد الشيخين
ترجيح ما رجحه ثم قال في موضع وان لم يذكر بينة الداخل سبب الملك ولم يشترط ذكره
بل اطلقت الشهادة بالملك المطلق له وكانت بينة الخارج ذكرت سبب الملك له لا
من جهة هذا الداخل فقد وجد في حق بينة الداخل ما يرجحها وهو اليد ووجد فيها ما
يضعفها وهو الاطلاق ووجدت في بينة الخارج ما يرجحها وهو بيان سبب الملك
وقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد ولا يبعد تخرج وجه فيه فلو اقام
المدعي بينة انها ملكه واقام الداخل بينة انها ملكه وترجحت بينته باليد فلو شهد
للخارج بينة انه اشتراها من الداخل او اتهبها وقبضها منه قدمت بينة الخارج بلا
خلاف ثم رايته ذكر بعد هذا باوراق ما لفظه اذا اقام الخارج بينة ان العين ملكه
اشتراها من فلان او اتهبها وقبضها وثبت سبب الملك واقام ذو اليد بينة انها
ملكه واطلقت ولم يبين شيئا نص الشافعي رضي الله عنه ان بينة الداخل اولى
لان معه بينة وعند ابن سريج بينة الخارج اولى لان معها زيادة علم انتهى وهذا ما نقله
ابن الرفعة لكن في عبارته نقص عن هذه العبارة ويفهم انه لا فرق بين ان يقيم البينة
بانتقالها الى الخارج من ذي اليد او من غيره وفي فتاوي القاضي الحسين انه لو ادعى

ان هذه الدار لي غصبها فلان مني وباعها منك واقام بينة فاقام ذو
اليد بينة انها ملكه فبينة ذي اليد اولى قلت المختار الارجح خلافه
قال وانه لو ادعى قيم المسجد بانها وقف على المسجد واقام ذو اليد بينة انها ملكه
فبينة ذي اليد اولى **فروع** اذا ادعى كل منهما انه اشتراه من صاحبه
واقام عليه بينة وحقق التاريخ فصاحب اليد اولى قاله الائمة قال البغوي في التعليق
بعد هذا وهكذا لو اقام الخارج بينة اني اشتريتها من ابيك واقام ذو اليد بينة باني
ورثتها من ابي فانه ترجح بينة الخارج وكذا لو كان الخارج امراة اقامت بينة ان هذا
ملكي اصدقنيه ابوك واقام ذو اليد بينة باني ورثتها من ابي فانه يقضي بها للمراة ⊙ اذا
اطلق الخارج دعوى الملك واقام عليه بينة وقال الداخل هو ملكي اشتريته منك واقام
عليه بينة فالداخل اولى بلا شك ولا نزال بيده قبل اقامة البينة وقال القاضي
الحسين يزال ويومر بالتسليم الى المدعي لاعترافه بانه كان له ثم تثبت ما يدعيه من
الشرى والظاهر الاول لان البينة اذا كانت حاضرة فالتاخير الى اقامتها سهل
ولا معنى للانتزاع والرد نعم لو زعم ان له بينة غايبة امر بالتسليم في الحال ثم ان
ثبت ما ادعاه استرد ويجري الخلاف في دعوى الدين والابرا اذا كان له بينة فلا
يكلف توفيته عند الاكثرين خلافا للقاضي الحسين ومن تبعه كما سبق ⊙ قال شريح
الروياني لو اقام الخارج بينة ان هذه الدار له استاجرها منه او استعارها ذو اليد واقام
ذو اليد بينة انها له فبينة الخارج اولى لانها اوضح صفة يد الداخل قال ابن سريج
ولانها تشهدت له بالملك واليد لان يد المستاجر والمستعير يده كما لو اقام الخارج
بينة انه غصبها منه والداخل بينة على الملك والمذهب ترجيح بينة الخارج لانها اثبتت
يد المدعى عليه وقال بعض اصحابنا ترجح بينة ذي اليد لانها اثبتت الملك له وذلك ينفي كونها
في يده باجارة او عارية في هذه الحالة والذي لم يذكره اوجه ذلك انبنى والوجه عندي في
هذا وامثاله ان يستفسر القاضي البينة فان اسندت شهادتها الى الذي والتصرف
قدمت بينة الخارج وان ذكرت ما يقتضي تقدم الداخل من الاسباب قدمت الداخل
من الاسباب قدمت بينته وان لم تبين شيا فهذا موضع نظر القاضي العالم واجتهاد
وسيق في الشهادات او القضا ما يتعلق بهذا فراجعه **قال** ومن اقر لغيره

بشي ثم ادعاه لم تسمع الا ان يذكر انتقالا اي من المقر له لان المقر واخذ
باقراره في المستقبل بدليل ان من اقر امس مثلا يطالب به اليوم ولولا ذلك
لم يكن للاقرار كبير فايدة واذا كان كذلك يستصحب ما اقر به الى ان يثبت الانتقال
وخالف القاضي الحسين جميع الاصحاب كما قال ابن الرفعة فسمع دعواه مطلقا من غير
ذكر تلقي من المقر له والمذهب الاول ولا عبرة ولا مبالاة بقول من يقول امكن انتقال
الملك عن المقر له الى المقر بعد اقراره الاول فينبغي ان تسمع دعواه بالملك مطلقا
ويحمل اطلاقه على التلقي من المقر له بالملك وان لزمه حكم اقراره فاذا عاد يدعيه
فمعناه تلقيته الى اوان من نقله الى فهذا يمكن اقامة الحجة عليه فان نوازل البذعنة
من بيع او هبة او عوض واذا امكن اقامة البينة على السبب لما تقدم سالفة
الاقرار وجب اظهاره بخلاف دعوى الملك لا سالفة اقرار فان اسباب
الملك كثيرة فجاز اطلاق الدعوى والشهادة به انتهى والقاضي الحسين معترف
بما لفقه الاصحاب **قال** ومن اخذ منه مال ببينة ثم ادعاه لم تشترط
ذكر الانتقال في الاصح ⊙ اذا انتزعت العين من صاحب يد بالبينة ثم عاد وادعى
ملكها هل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من صاحب البينة يحتاج اليه فيه وجهان
احدهما نعم لانه صار ملزما بتلك الحجة فيواخذ بموجبها كما لو اقر واصحهما لا الحاقا
له بالاحاديث قاله القاضي الحسين وغيره وعزاه الامام الى الاكثرين وحكى الرافعي
ان بعض اصحاب الامام قال ان الذي ذكر الاكثرون مقابله وسبق كلام ابن الرفعة
وغيره على هذه الصورة مع تراخي ومشاحنة فيما ابداه مستوفى **فروع**
حكى القاضيان ابو الطيب والبندنيجي وغيرهما انه لو كان بيد عمرو شاة فادعاها زيد
واقام بينة انها ملكه واقام عمرو بينة ان حاكما حكم له بها وسلمها اليه قال ابن سريج
اذا كان الحاكم حكم له ببينة اقامها قضي لزيد بها لانه ظهر ان له بينة ويدا ولعمرو بينة
بلا يد وان كان قضي بها لعمرو لعدالة بينته دون بينة زيد اقر بيد عمرو لان البينة
الفاسقة اذا ردت ثم اعادت الشهادة لا تقبل وان كان قضي بها لعمرو ومذهبه
القضا للخارج اقرها بيده ايضا وفي الحاوي وجه انه ينقض حكمه وذكرناه قريبا وان
لم يعلم الحاكم الثاني على اي وجه وقع حكم الاول واشكل الحال فوجهان اصحهما لا ينقض

ايضا قاله البندنيجي واصل ايراد الحاوي ترجمه كما مر ٥ تداعيا شيا وادعى
كل منهما انه في يده لم يسمع دعواهما ولا خصومة بينهما الآن يقول كل واحد منهما
ان الشي في يدي وان فلانا هذا ينازعني فيسمع فلو اقام كل واحد بينة تعارضتا وبحث
الحاكم من يحث عن الحال ليتضح عنده ولتثبت ان الذي ينازع في يد ايهما فان
استبهم الامر فالبينتان متعارضتان ذكره في روضة الحكام ٥ سبق انه لو حكم له حاكم
بملكه عين فادعى خارج انتقال الملك اليه منه وشهدت بينة بانتقاله اليه بسبب
صحيح ولم تبين قال الهروي افتى فقها همدان سماع هذه البينة والحكم بها للخارج
كما لو عينوا السبب ورايت فتوى الماوردي والقاضي ابي الطيب بخطهما كذلك
قال وميل الي انها لا تسمع مالم يبينوا وهو طريقة القفال وغيره لان اسباب الانتقال
مختلف فيها بين العلما فصارت كالشهادة على ان فلانا وارث فلان لم تقبل مالم
يبينوا جهة الارث **قلت** ويظهر ان يفرق بين الفقيه الموافق للقاضي
في اسباب الانتقال وبين غيره مطلقا والمختار فيه ما ذكره ابو سعد والله اعلم ٥ ذكر
شريح عن ابن سريج انه لو اقام بينة ان هذا المال له حكم له به فلان الحاكم واقام اخر
بينة انه له فهل يترجح بحكم الحاكم وجهان قال وكذا لو اقام ذو اليد بينة انه له فهل
يكون الترجيح باليد او بالحكم وجهان قال وذكر العبادي انه اذا شهد اثنان ان القاضي
قضى بالمال لفلان واخران انه الآن لفلان فهذه اولى لانه عرف الآن اخر حد الزمان الاول
واول حد الزمان الثاني ففيه تجديد الملك **قلت** والاحتياط الاستفسار
لا سيما للعامي ونحوه قال ولو اقام بينة ان فلانا الحاكم قضى له بها ولم يزيدوا على ذلك
سلمت للمدعي لان الملك ثبت بالحكم فيستصحب ذلك الحكم الا ان يعلم زواله وقال
بعض اصحابنا لا تسلم اليه الآن تشهد له بالملك في الحال لان قصارى قصته تلك البينة
تقدم الملك ولا تثبت بها الملك في الحال وقال بعضهم ان قلنا بترجيح الملك الاقدام
فههنا بينة الحكم اولى وان سوينا لم تقدم بينة الحكم في هذه الحالة وقال بعضهم ان
كانت الدعوى مع المحكوم عليه كان ذلك حجة عليه وان كانت الدعوى مع غيره لم يصر ذلك
حجة عليه وذكر انه لو اقام كل واحد من المتخاصمين بينة ان فلانا الحاكم حكم له به
فقد قيل الملك الاخير اولى لان الاول استقصي حكمه الى وقت الحكم الثاني ثم تبين زوال

الملك

الملك بموجب الحكم الثاني وقيل تتعارض الحكمان ويسقطا لكن تاثير السبق
فان استعملناهما فكذلك ههنا على حسب استعمال السبق فان كان الحكمان
من حاكم واحد فقيل لا يقبل منه الحكم الثاني كشاهد رجع بعدما شهد وقبل حكمه حكم
ما لو كانا من حاكمين ٥ وذكر شريح ايضا في باب اخر انه لو اقام احدهما بينة ان
الشي ملكه وادعى خصمه انه في يده واقام بينة فبينة الملك اولى فان اقام احدهما
بينة انه ملكه والثاني بينة انه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك فالثاني اولى به
قال العبادي لانها شهدت بملكه ويده قال الهروي انتهى هذا وقد قدمت ان
الشهادة على هذا الوجه لا ينبغي ان يعتمد عليها في اثبات الملك لان شهادة
الشاهد انما تصح اذا قطع باثبات المشهود به فكانه صادر عن علمه فاذا تعرض
الشاهد لبيان سبب العلم ولم يقطع باثبات المشهود به فكانه حام عليه ريب فلذلك
لم يقطع به **قلت** وما قاله ظاهر الحسن قال الهروي وان اقام رجل بينة
على مجهول الحال انه عبده واقام هو بينة انه حر قال اصحابنا بينة الحرية اولى وقال
الشيخ ابو حامد بينة الرق اولى لانها ناقلة من الاصل فقد افادت زيادة علم انتهى
والاحتياط الاستفصال والعمل بمقتضاه وسياتي هذا بزيادة ايضاح ان شا الله تعالى
قال والمذهب ان زيادة عدد شهود احدهما لا ترجح ٥ اشار الى طريقين
اشهرهما كما ذكره الرافعي وغيره ان المسئلة على قولين الجديد انه لا ترجيح لكمال
البينة من الطرفين والقديم انه يرجح جانب من زاد عدد شهوده لان القلب الى
قولهم اميل والثانية القطع بالجديد وحمل الثاني على حكاية مذهب الغير وصحح في
اصل الروضة ترجيحها كما اشار اليه هنا فقال المذهب انه لا ترجح وقيل قولان
انتهى وفي الحاوي ان بعضهم خرج ما حكاه في القديم قولا ثانيا ونفاه الاكثر عنه
وهذا يشهد لترجيح طريقة القطع وكان حق ان ينبه عليه ولا مدرك في اصل كلام
الرافعي رحمهما الله قال الرافعي ولو اختص احدهما بزيادة ورع او فقه جرى الطريقان
وفي الرواية تثبت الرجحان بهذه الامور وفرقوا بان للشهادة نصابا مقدرا فيتبع
وليس للرواية ضبط فيعمل باغلب الظنين ومنهم من الحق الرواية بالشهادة والظاهر
الاول انتهى وبنى ابرهيم المروذي المسئلة على ان الصحابة اذا افترقوا في مسئلة واحد الفريقين

اكثر يرجح بكثرة العدد القديم يرجح والجديد لا وقال شريح الروياني لا ترجيح
في الشهادة بكثرة العدد ولا بالارجح في العدالة والضبط وعن الاصطخري انه يرجح
بجميع ذلك وقال الشافعي في القديم سمعت بعض اصحابنا سمعت بعض اصحابنا يقول
اذا استوت البينتان رجحنا بالعدالة وكثرة العدد قال ابو عبد الله هذا اذهب واما
انا فارى انهما سوا انتهى وهذا اصرح منه بانه رضي الله عنه لم يقل به في القديم قال شريح
ولا يرجح بالسن والعلم والشرف قولا واحدا وفي عدم الترجيح بالعلم نظر ظاهر ورايت
في البيان نقل اصحابنا العراقيون انه لا يرجح بكثرة العدد وحكى المسعودي ان الشافعي
رحمه الله قال في القديم ترجح البينة بكثرة العدد وحكى انه مذهب مالك واكثر اهل العلم
وهو الاصح انتهى وقد علم انه بعد المسعودي عن الفوراني ولم ارى بانه وعن الا
ذكر عن القديم فقط كالعراقي منفرد بهذا الترجيح انه لم يكن في النسخة خلل **قال**
وكذا لو كان لاحدهما رجلان وللآخر رجل وامراتان اي في المذهب القطع بعدم الترجيح
هنا ايضا وهذا ما جعله الرافعي المشهور لقيام الحجة بكل واحد منهما بالاتفاق قال
وعن الماسرخسي رواية قول وهو ترجيح الرجلين لزيادة الوثوق بقولهما ولذلك تثبت
بقولهما ما لا تثبت بقول رجل وامراتين **قال** فان كان للآخر شاهد
ويمين رجح الشاهدان في الاظهر لانهما حجة بالاجماع والشاهد واليمين مختلف فيه
وايضا فالحالف مع شاهده يصدق نفسه ومقيم الشاهدين يصدقه غيره فهو اقوى جانبا
وابعد عن التهمة وهذا ما رجحه الماوردي والامام والغزالي والفارقي وابن ابي
عصرون والرافعي في شرح الصغير وذكر في البسيط انه الجديد وقال في البحر انه ليس
بشيء والثاني انهما سوا كما لو كان لواحد شاهد وللآخر شاهد وامراتان فلا ترجيح
على المذهب قال الفوراني في العمد وقد على القولين في هذه الصورة في الجديد قال
والاصح وهو اختيار المزني انهما سوا وادعى الامام فيه اتفاق الاصحاب واجرى الدارمي
وغيره القولين فيما لو كان لاحدهما رجل وامراتان وللآخر شاهدين وسكت كثيرون عن
الترجيح **فرع** اذا قلنا بالاظهر فكانت اليد مع صاحب الشاهد واليمين
فهل يتعادلان ام يرجح ذو اليد اعتضاده باليد المحسوسة وجهان اشبههما في الشرحين الاول وفي الروضة يحتمل
الثاني وحكى البغوي الخلاف قولين احدهما يرجح ذو اليد وثانيهما الآخر لقوة حجته قال

ويمكن بناء القولين على ان صاحب اليد هل يحلف مع البينة ام لا ان قلنا يحلف
فيمينه كشاهد آخر فترجح جانبه باليد وان قلنا لا يحلف فيترجح جانب الآخر
لان صاحب اليد على هذا انما يرجح اذا انضمت اليمين الى البينة الكاملة كذا حكاه
الرافعي عنه واقره وقضية ما ذكره ترجيح جانب الآخر لما سبق ان الاصح انه لا
يحلف لكن الذي رايته في نسخ بالتهذيب قال الشيخ ويمكن بناء القولين على ان صاحب
اليد هل يحلف مع بينته ام لا ان قلنا يحلف فههنا نقضي للخارج لان اليمين ثابتة
مع البينة الكاملة فلا تقوى في معارضة بينة المدعي وان قلنا لا يحلف فاليمين هنا
كشاهد آخر بقيمة فيترجح به انتهى وكذا رايته في تعليقه على المختصر بزيادة
وهذا اصح هذا اصل الصواب في الحكاية والمعنى وقضيته ترجيح ما رجحاه وقال ابن
الرفعة اذا قلنا بالقديم وكان من جانب صاحب اليد شاهد ويمين ومن جانب الخارج
شاهدان نقل تعليق القاضي الحسين حكاية وجهين احدهما ترجح بينة ذي اليد والثاني
ترجح بينة الخارج انتهى ورايت في تعليق ابرهيم المروذي انه لو اقام احدهما شاهدين
او رجلا وامراتين والآخر شاهدا واحدا وحلف معه ففيه قولان ثم قال وان اقام
احدهما شاهدين والآخر عشرة فعلى القديم يرجح بكثرة العدد وعلى الجديد لا يرجح
هذا كله في الخارجين فاما الخارج مع ذي اليد ان كان الترجيح في جانب ذي اليد فبينته
من حجة لانه اجتمع في جانبه حجتان ترجيح هذا مع اليد وان كان الترجيح في جانب
الخارج ان قلنا في الخارجين لا يرجح فههنا اولى وان قلنا يرجح فيحتمل وجهين
احدهما سواء والثاني لا لان اليد اقوى فانها مشاهدة انتهى **فائدة** قال
الامام لو كان من جانب عشرة من اوساط العدول ومن جانب عدلان وهما على المنصب
الاعلى في الثقة والتثبت فيجب على القاضي ان ينظر بينهما نظر المجتهدين في حرب يرومان
حرا انتهى وقال ابن ابي الدم وتمايد وو في جلدي انه لو كانت بينة احدهما يعرفها القاضي
بالعدالة او زكيت عنده تزكية مطلقة وزكيت الاخرى تزكية مقيدة فيما شهدت
به وقلنا بقبولها هل يكون من باب زيادة العدالة او من قبيل الشاهدين يقفا بلنهما
شاهد ويمين من حيث ان الشاهدين انما يرجحا على الاصح لانها بينة مجمع عليها بخلاف
الشاهد واليمين وكذا مسالتنا فيحلف فيها عندنا فهي اقرب الى التضعيف من خلاف

البدم

ابي حنيفة في الشاهد واليمين فينبغي ان يكون فيها خلاف والاصح ترجيح الزكاة
مطلقا ويتجه خلافه انتهى **قال** ولو شهدت لاحدهما بملك من سنة
وللآخر من اكثر ولابد لواحد منهما فالاظهر ترجيح الاكثر ولصاحبها الاجرة
والزيادة الحادثة من يومئذ اذا تنازعا شيئا في يد ثالث واقامت كل بينة الملك
بتاريخ فان توافق التاريخان فلا ترجيح وان اختلفا بان قامت بينة زيد على انه
ملكه منذ سنة وبينة عمرو انه ملكه منذ سنتين فطريقان احدهما القطع بالتعارض
قاله ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل واشهرهما ان في ترجيح اسبقهما تاريخا قولين
احدهما وهو ما حكاه البويطي والمزني وقال القاضي الحسين والشيخ ابو علي وابو يعقوب
وابرهيم المروذي في تعليقيهما انه الجديد وصححه القاضي ابن كج والشيخ ابو علي وطائفة
انهما سواء اذ المقصود اثبات الملك في الحال فلا تاثير للسبق فانه غير منازع فيه واصحهما
ترجيح اسبقهما تاريخا لانها انفردت باثبات الملك في زمن لا تعارضها فيه الاخرى
فوجب وقف التعارض واعملنا ما ليس فيه تعارض والاصل في الثابت دوامه ولان
ثبوت ملكه المتقدم يمنع ان يملكه المتاخر الا عنه ولم تتضمنه الشهادة فلم يحكم بها وهذا
ما رواه الربيع واختاره المزني والاكثرون ومنهم الشيخ ابو حامد واتباعه والماوردي
والبغوي والعراقي وغيرهم وقال في الشامل انه ظاهر المذهب ونقل القاضي الحسين
والشيخ ابو علي ومن تبعهما انه القديم قال ابن الرفعة وخالف الشيخ ابو علي الجماعة
كلهم في شيئين احدهما الترجيح والثاني انه نقل عدم الترجيح عن الجديد وان المزني والربيع
نقلاه وان الترجيح بالسبق قاله في القديم والبويطي واختاره المزني فعنده ان
القديم الترجيح وهو مختار الجماعة كلهم وان البويطي نقل ذلك والذي ذكره القاضي
ابو الطيب نقل ذلك والذي ذكره القاضي ابو الطيب وغيره ان البويطي نقل التعارض
وعدم الترجيح فحصل التناقض بين النقلين انتهى **اذا عرفت هذا** وقضينا
باسبق البينتين تاريخا فلصاحبها الاجرة والزيادات الحاصلة من يومئذ وفاقا
لانها نماءات ملكه وان لم يرجحها جاء الخلاف السابق في تعارض البينتين فان اسقطناهما
اقررناه في يد ذي اليد وان قلنا بوقف او بقرعة او بقسمة اتى الفرع **تنبيهات**
منها وقع في كتاب اللقيط من شرح الرافعي الكبير ان القول بالتسوية اصح

اصح القولين وتبعه في الروضة هناك فقال فيما اذا اقاما بينتين على الالتقاط
وان قيدتا بتاريخين مختلفين حكم لمن سبق تاريخه بخلاف المال حيث لا يحكم بسبق
التاريخ في اصح القولين وفرقوا بان امر الاموال مبني على الانتقال فربما انتقل
من الاول الى الثاني وليس كذلك الالتقاط فانه لا ينتقل ما دامت الاهلية
باقية وهو في ذلك تابع للبغوي فانه قال هناك هكذا ترجيحا وفرقا ثم رجح هنا
تقديم الاسبق **ومنها عبارة البيان** فاقام احدهما بينة انه ملكه منذ
سنتين لا نعلم انه زال الى الآن واقام الآخر بينة انه ملكه منذ سنة لا نعلم انه
زال عنه الى هذه الحالة ففيه قولان ثم قال فان كانت بحالها وشهدت بينة
الآخر انها تملكه منذ شهر الى هذه الحال فقال اكثر اصحابنا هي على قولين كالتي قبلها
ومن الخراسانيين من قال هما سواء قولا واحدا انتهى كلامه وهذا عجيب وصور
ابن الرفعة المسالة بما اذا شهدت بينة احدهما بالملك من سنة وبينة الآخر بالملك
من شهر مع شهادتهما بالملك في الحال والظاهر انه مراد المصنف وان سكت عنه
ومنها يجري القولان كما قال القاضيان ابو الطيب والبندنيجي ومثلوهما
فيما اذا اقام احدهما بينة انه ملكه من سنة الى الآن واقام الآخر بينة على انه ملكه
الآن ٥ وفي بينة الزوجين على الزوجية عند سبق التاريخ وفيما اذا تعارضتا
مع اختلاف التاريخ بسبب الملك كما لو اقام احدهما بينة انه اشتراه من زيد منذ
سنة والآخر انه اشتراه من عمرو منذ سنة ولو نسبا العقدين الى بائع واحد فالسابق
اولى لا محالة ويجريان فيما اذا تنازعا مزدرعة فاقام احدهما بينة انها ارضه زرعها
والآخر انها ملكه مطلقا لان البينة التي شهدت بالزرع تثبت الملك في وقت الزراعة
قال الرافعي هكذا ذكر في التهذيب تصويبا وتوجيها وفيه ما يقتضي ان سبق التاريخ لا يشترط
ان يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة انه ملكه منذ سنة واخرى انه ملكه
من اكثر من سنة كان موضع الخلاف **قلت** والذي رايته في التهذيب والتعليق
انا اذا قلنا يرجح بسبق التاريخ فاطلقت بينة وارخت اخرى فوجهان وكذلك لو
تنازعا دابة فاقام احدهما بينة انها نتجت في ملكه والآخر بينة انها ملكه مطلقا فكما
لو اطلقت بينة وارخت الاخرى وكذلك لو تنازعا في ارض مزروعة الى آخر ما نقله

الرافعي عنه وظاهر سياقه وعطفه يقتضي ان المذهب التعارض كما سيأتي
لا تقدم بينة الداخل كما اقتضاه ايراد الرافعي والروضة قال فلو اطلقت
وارخت بينة فالمذهب انهما سواء من قطع في مطلق التاريخ بان لا ترجيح فهنا اولى
ومن اثبت الخلاف ثم حرى ههنا من طارد للقولين ايضا ومن قاطع بالتسوية قال الرافعي
وكيف ما كان فالظاهر التسوية ههنا وعبارة الروضة فالمذهب انهما سواء فيتعارضان
وقيل تقدم المؤرخة ورايت في فتاوى القفال لو تنازعا دابة في يد ثالث فاقام
احدهما بينة انه اقر له بها واقام الآخر بينة انه اقر له بها امس او منذ سنة
قال القفال قال اصحابنا المؤرخة اولى والظاهر تعارضهما كما لو اقام احدهما بينة
انه اقر له بها يوم السبت واقام الآخر بينة انه اقر له بها يوم الجمعة ولا يدرى
ان السبت كان قبل الجمعة او بالعكس فانهما يتعارضان وعلى هذا لو اقام احدهما
البينة انه اشتراها منه امس والآخر انه اشتراها منه ولم يؤرخ قال اصحابنا المؤرخة
اولى والبين تصحيح والتصحيح تعارضهما كمسئلة السبت والجمعة انتهى **فرع**
لو تنازعا دابة فاقام احدهما بينة انها ملكه والآخر بينة انها ملكه وهو الذي نتجها
قال الرافعي قال الاكثرون هو على القولين في سبق التاريخ واجروهما في كل سبب
اطلقت احداهما الملك ونصت الاخرى على الملك وسببه من ارث وشرى وغيرهما
وقال المزني وطائفة منهم ابو اسحق قال الماوردي وجمهور اصحابنا انه تقدم بينة النتاج
قطعا لانها تثبت ابتداء الملك له والذي سبق تاريخها لا تثبت ابتداء الملك وهذا
التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما اذا تنازعا ثمرة او حنطة فشهدت بينة انها
حدثت عن شجرته او بذره ولا يقتضي جريان الثانية فيما اذا تعرضت احداهما للشرى
وساير الاسباب فانها لا توجب ابتداء الملك قاله الرافعي وقال الماوردي بعد
نسبته طريقة القطع الى الجمهور وهكذا لو تنازعا ثوبا واقام احدهما بينة انه نسجه
في ملكه واقام آخر بينة على انه له ولم يقولوا نسجه في ملكه كان كالبينة بالنتاج كما
قدمناه انتهى والظاهر ان من صور التعرض لابتداء الملك بان تشهد بينته انه ملكه
احياه او احتطبه او احتشه من الموات او اصطاده من البحر او البر وقد يتوقف
في صورة الصيد لاحتمال انفلاته من مالكه قال وانه لو كان لصاحب متاخر

التاريخ يقدم المسئلة من اصلها مفروضة فيما اذا كانت العين في يد ثالث كما
صورنا به كلام الكتاب اولا فاما اذا كانت في يد احدهما واقامت البينتان مختلفتا
التاريخ فان كانت الاسبق تاريخا بينة الداخل قدم لا محالة وان كان الامر بالعكس
فان لم نر سبق التاريخ مرجحا قدم الداخل ايضا لليد وان جعلناه مرجحا فهل تقدم
الداخل او الخارج او يستويان اوجه اصحها اولها فهو المنصوص وقول الجمهور
وعبارة المصنف تقتضي انه المذهب المقطوع به لانه عطفه على قوله من قبل والمذهب
وقد حكى شرح الروياني ذلك طريقة **قال** وانها لو شهدت بملكه امس
اي بكرة السبت ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا ولم يزل ملكه او لا نعلم مزيلا له
اذا ادعى عينا في يد غيره فشهدت له البينة بالملك او الشهادة امس ولم تتعرض للحال
نقل الربيع والمزني انها لا تسمع وعن رواية البويطي عكسه وفيها طريقان اشهرهما فيه
قولان احدهما تسمع لانها تثبت الملك له سابقا والشيء اذا ثبت فالاصل فيه الدوام
واصحهما وهو ظاهر المذهب المنع لان دعوى الملك السابق لا تسمع فكذا البينة به ولان
ثبوت الملك سابقا ان اقتضى بقاؤه فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الانتقال اليه فلا يحصل
ظن الملك في الحال والثاني القطع بانها لا تسمع وحمل هؤلاء المحكي عن البويطي على انه
ذكر من عند نفسه كذا قال الرافعي وقال الامام المنصوص عليه في الجديد وعبارة
البسيط الجديد المعروف ان هذه البينة مردودة لانها لم تتعرض لاثبات الملك في
الحال وقال في القديم تسمع ويقضى بالملك للمدعي الآن تثبت المدعى عليه يتلقاه منه
او يقيم بينة مطلقة على الملك في الحال انتهى قال الرافعي والامام وغيرهما
ويجري القولان فيما اذا ادعى عبده وشهد الشهود انه كان في يده امس قال ابن الرفعة
القم بل اولى ان لا تسمع قال وقوله في الوسيط بعد ذكر الشهادة بالملك لانسان
امس وان الجديد انها لا تسمع ولا خلاف ان البينة لو شهدت انه كان في يد
المدعى امس قبل وجعل صاحب البحر من غلطات الكتاب والنقل الصحيح ما ذكرناه
وهو المذكور في الطريقين اي ان الجديد الصحيح انها لا تسمع كما ذكره من قبل وقد
تعرض الرافعي لهذا الانكار على الوجيز ايضا ولعل هذا الالتباس في قوله في البسيط
للشافعي قول في القديم نقله البويطي انه يقبل الجديد المعروف لا يقبل اذ المطلوب

الملك في الحال ولا خلاف ان المدعي لو ادعى ملكا بالامس ولم يدع في الحال
لا تسمع الدعوى فلذلك البينة على وفق الدعوى وعلى الاول لو اقام البينة على
انه كان في يده بالامس نسب له اليد ويجعل صاحب يد ويدير الخصومة على رسمه
والقولان جديد او قديما وما على قولنا يترجح بالسبق فاما اذا لم نرجح به فوجود
كعدمه انتهى لفظه فقوله وعلى الاول يعني القديم واحكى بذلك في الوسيط والوجيز
ثم لو شهدت البينة و غصبها ذو اليد منه سمعت قطعا وقضى بها للمدعي بجعل صاحب
يد وكذا لو شهدت البينة انه ارسل هذا العبد في حاجة فاعترضه هذا المدعى
عليه في الطريق فذهب به او شهد انه ابق من هذا فاخذه هذا قال الرافعي
وللقولين تعلق بالقولين لما ادعى البينتان الملك بنا ونحن مختلفين ثم منهم من
بنى القولين هنا على القولين هناك ومنهم من عكس البنا قال ومما بنا لو جهين
فيما اذا قال كان لفلان على كذا او كان هذا لفلان هل يكون اقرارا واذا قلنا بالاظهر
فيشترط ان يشهد الشاهد على الملك في الحال بان يقول كان ملكه ولم يزل او يقول لا اعلم
له مزيلا كما قاله الرافعي وغيره وسياتي ما فيه او يقول انه كان ملكا لابيه الى ان
مات قال شريح الروياني والاصل فيه انه كل بينة شهدت بملك سابق ابطلت
اليد في الحال وهكذا لو قال الى ان باع او قال لا اعلم زواله لان الاتصال وجد
انتهى **قال** ونحو الشهادة بملكه الآن استصحابا لما سبق من ارث وشرى
وغيرها وان كان يرد ذلك الاستصحاب **واعلم** انه انما يجوز له الشهادة
للوارث والمشتري والمتهب ونحوهم اذا كان ممن يجوز له ان يشهد للمتنقل منه اليه
بالملك ولا يكفي الاستناد الى مجرد الشرى وغيره مع جهله تمليكه البائع والواهب
والموصي والمورث ونحوهم قطعا واكثر من يشهد يعتمد ذلك جهلا وسبق عن فتاوى
القفال انه لو كان بيده دار يتصرف فيها تصرف الملاك مدة طويلة ثم انه قال هذه
الدار ملك رجل ولم يسمه او قال ليست لي ثم في اليوم الثاني ادعى مدع ملكيتها فانكر
ذو اليد وقال انها ملك نفسه انه يجوز لنا ان نشهد انها ملكه وان كنا سمعناه
يقول ذلك الى اخر ما قدمناه عنه واستغربناه ومنعناه **تنبيهات** لو
صرح في شهادته بانه يعتمد الاستصحاب فوجهان حكي في الوسيط عن الاصحاب انه لا

تقبل

تقبل وعن القاضي الحسين القبول لانا نعلم ان لا مستند له سواه ولو قال لا
ادري ازال ملكه ام لا لم تقبل لان هذه صيغة المرتابين وهي بعيدة عن اداء
الشهادة هكذا ذكر الرافعي واقتضى كلامه السابق انه اذا قال الشاهد اشهد
انه كان ملكه امس ولا اعلم له مزيلا انه تقبل شهادته بلا خلاف وقال نقلا
عن الاصحاب انه لو ذكر السبب السابق وذكر في مجلس القضاء من استمرار الاحوال
ما يسوغ له الشهادة على نتيجة الملك ولكنه لم يشهد لاثبات الملك في الحال وسموع
كما لو قال الشاهد على الرضاع رايته التقم الثدي وكان يحرك اللهاة ويمص
الى غير ذلك من المخايل فلا يكون شاهدا على الرضاع ثم اوضح ذلك ثم قال هذا ما
ذكره سنجي وصاحب المهذب وغيرهما وقال القاضي اذا شهد على السبب المتقدم وقال
لا اعلم زوال ملكه بعد ذلك كان هذا يشابه جزمه بالشهادة بالملك وهذا القول به
الشاهد لا اعلم له مزيلا ولا اعلم للمتوقف وازنا سوى هذا انتهى ولهذا قال في
البسيط فان قيل لو صرح الشاهد بذكر السبب وانه يستصحب لانه لم يدر له مزيلا
قال الاصحاب لا تقبل وقال القاضي تقبل فلا فرق بين جزم الشهادة بالملك وبين ان
يقال اشهد انه كان ملكه بالامس لا اعلم له مزيلا بعد اذ يعلم ان ما ذكره مستند
علمه قال ثم قال القاضي متفرعا عليه اذا ذكر الملك السابق ولم يتعرض للحال والاصحاب
فيخرج على الجديد والقديم فان قال لا اعلم مزيلا قبلت شهادته اي عند القاضي
الحسين وان قال لا ادري جرى مزيل ام لا لم تجز وذكر ذلك من باب الجرح شهادته
وفسقه وما ذكره دقيق والاكثرون على اشتراط الجزم في الحال انتهى وهو
ملخص له من النهاية وحاصل كلامهما انه لو قال كان ملكه بالامس ولا اعلم له
مزيلا فقاله للامام الاكثرون على خلافها ورايت في ادب القضاء للامام ابي الدم اذا
اقام الخارج بينة انها ملكه بالامس ولم تتعرض للملك في الحال لم يحكم بهذه الشهادة
على الجديد الصحيح وسبيله ان يشهد انها كانت ملكه امس ولم يزل الى الآن او هي
الآن ملكه هكذا قاله الامام والقاضي وعندي فيه نظر لانه اذا شهد انه كان ملكه امس
لم يقبل بمجرده على الصحيح فاذا قال ولم يزل الى الآن كان نفيا محضا فلا تقبل نعم قوله
وهي الآن ملكه كاف ويكون مستنده في قوله وهي الآن ملكه استصحابه الملك الذي

شهد به امس وله ان يستصحبه اذا لم يعلم هو له مزيلا لكن بشرط ان لا يصرح
بذكر الاستصحاب ولو صرح بذلك لعدم علمه بالمزيل قال الاصحاب لا يقبل كذا ذكره
المستند في شهادة الرضاع وقال القاضي الحسين تقبل اما اذا قال اشهد انه
كان ملكه بالامس ولا اعلم له مزيلا قال بعض الاصحاب يكفي هذا واكثرهم قالوا
لا يكفي بل لا بد من جزمه بالشهادة بالملك في الحال انتهى وفيما ذكره نظر ظاهر لما
سيأتي عن النص **قال** ولو شهدت باقراره امس بالملك استديم اي حكم
بالاقرار وان لم يصرح الشاهد بالملك في الحال قال الرافعي ومما علق عن
الامام ان منهم من طرد القولين والظاهر الاول ولولاه لبطلت فائدة الاقارير
قلت والرافعي رحمه الله لم يقف على النهاية في هذه المواضع قال الامام
ومن اهم ما يجب الاعتناء به ان البينة لو تحملت الشهادة على اقرار مورخ بتاريخ في ملك
او يد ثم فرض تنازع بين المقر والمقر له فاذا شهدت البينة على الاقرار السابق فمعلوم
انها ليست متعرضة لاستحقاق المقر له في الحال وقد ذكرنا قولين فيما اذا شهدت
البينة على الملك في الزمان الماضي وبينا ان الاصح انها مردودة غير مقبولة فان الخصام
ناجز وتاريخ الملك متقدم وهذا بعينه يجري في تقدم الاقرار فان المقر بالملك قد
يطلق الملك بسبب وقد ذكر صاحب التقريب في الاقرار طريقين وشفا العليل بذكرهما
فقال من اصحابنا من جعل الاقرار المتقدم حجة دائمة على المقر في مستقبل الزمان
وهذا ما اليه مصير الاصحاب واقضية القضاة ولولاه لما كانت في الشهادة على
الاقارير فائدة والحجة تسقط بمضي ساعة ومن اصحابنا من قال الاقرار السابق
اذا ثبت فهو بمثابة شهادة الشهود على الملك فيما سبق من الزمان وهذا وان كان
منقاسا فالذي اعتقده فيه انه خرق لما اتفق عليه الاولون والقول به مسبوق بالاجماع
وان اختار القاضي هذه الطريقة الاخيرة ولخصه في البسيط فقال ذكر صاحب
التقريب فيه طريقين احدهما ان بينة الاقرار كبينة الملك فلا تقبل اذا لم تتعرض
للحال ومال اليه القاضي وهو منقاس والطريق الثاني وهو الصحيح الذي عليه
عمل الاولين والقياسون فيه مسبوقون بالاجماع ولولاه لبطل حكم الاقارير
ولم يزل الاقرار حجة على المقر ولو بعد حين وهذا يوجب ان يسقط فائدة

بعض

بعض لحظة ولعل الفرق ان الملك لا يعرف حقيقة وانما يعرف ظنا وتخمينا
فان بحث في الحال فهل وان اضيف الى ما سبق لم يتحقق الحال شيء ولم يكن يقينا
حتى يقال الاصل استصحابه وبقاؤه والاقرار يوقف مشفق والاصل في المستفاد
الاستصحاب وكذا القول لو اقام المدعي بينة انه اشتراها امس من صاحب
اليد لان الشراء من الخصم كالاقرار منه فما يعرف يقينا وليس كما لو شهد على
الشراء امس من غير صاحب اليد لان تقدير الشراء من الغير في حقه لا يلزمه
امرا انتهى وملخص لذلك من النهاية وقال ابن ابي الدم بعد نقله عن
القاضي ابي الطيب انه يحكم للخارج باقرار ذي اليد له بالملك امس وحكى الامام
فيه خلافا ومال الى القبول قال القاضي ابو الطيب فلو قامت بينة للخارج على
اقرار الداخل بانها كانت في يد الخارج امس او ادعى عليه الخارج فاقر بانها
كانت في يده امس قال ابو العباس ان قلنا الشهادة باليد امس فالاقرار باليد
امس اولى ان تقبل باليد امس اولى ان يقبل ويرجح به وان قلنا لا يقبل البينة
باليد امس فهل تقبل الاقرار باليد امس فيه وجهان والفرق ان البينة اذا
شهدت باليد امس فقد ثبتت اليد امس فحسب واليد الآن في يد الداخل
فقد حصلت لها يدان امس لان وجود يد الداخل الآن تدل على انها كانت
في يده امس ايضا ثم قد انفرد الداخل بيد حاضرة فقدمت الحاضرة فاما اذا
اقر باليد للخارج امس واثبتها للخارج فالظاهر يقابل الخارج فقدمت
بينته وقال الشيخ ابو علي اذا اقر الداخل انها كانت في يد الخارج امس فيه قولان
مرتبان على ما اذا شهد باليد امس واولى بالترجيح ههنا وان اقر انها كانت
ملكا للخارج امس ترجحت بينته قولا واحدا بخلاف البينة بالملك امس انتهى
قلت وقال الرافعي ولو قال المدعى عليه كان ملكك امس فوجهان اي
رواهما الامام والغزالي عن صاحب التقريب احدهما انه لا يؤاخذ به ولا ينتزع
المال من يده كما لو قامت البينة انه كان ملكه امس واظهرهما الانتزاع كما لو
شهدت البينة انه اقر امس ويفارق الاقرار البينة ان المقر لا يقر الا
عن تحقق والشاهد قد يشاهد ويبني على التخمين فاذا لم ينضم اليه الجزم في

الحال ضعف قال ولم تثبت ابن الصباغ الوجهين فيما اذا قال كان ملكك
بالامس وحكى القطع بانه يواخذ باقراره ورد الوجهين الى ما اذا قال كان
في يدك امس وفرق بين الملك واليد بان اليد قد تكون مستحقة وقد لا تكون
مستحقة واذا كانت فاية اخذنا بان الظاهر منها الاستصحاب فاذا انتفت
ضعفت دلالتها انتهى ولو قال المدعى عليه هو ملكي وكان ملكك بالامس فاصح
الوجهين في تعليق القاضي الحسين انه ينتزع من يده ويسلم الى المدعي باقراره
والثاني لا لثبوت يده عليه وهو دال على الملك قال القاضي وفيه ضعف لانه لو
قال كانت العين ملكك بالامس واليوم ملكي فلا خلاف انها تنزع من يده فكذا
اذا تاخر اقراره بالملك للمدعي انتهى وما قاله ابن الصباغ هو ما حكاه الماوردي
والبندنيجي وغيرهما عن ابن سريج والحاصل فيما اذا قال كان ملكك امس طريقان
اشهرهما القطع بالانتزاع وثانيهما على وجهين عن التقريب وحكى منهما ومن طريقه
القاضي الحسين ثلاثة اوجه ثالثها الفرق بين ان يقدم ذكر الملك لنفسه او
للمدعي **تنبيه قال الرافعي** ذكرنا ان الشهود على الملك السابق لو قالوا
لا نعلم زوال ملكه قبلت شهادتهم ثم عن ابن المنذر ان الشافعي قال يحلف المدعي
مع البينة فان ذكروا مع ذلك انه غاصب فلا حاجة الى اليمين قال القاضي ابو سعد
الهروي وهذا غريب ووجهه ان البينة قامت على خلاف الظاهر ولم يتعرض
لاسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر فاضيف اليها اليمين انتهى قلت وذكر شيخه
ابو عاصم وشرح الروياني هذا النص وسلك عليه وحكيته عن غير مرة والذي رايته
في اشراف ابن المنذر في باب استحلاف المدعي مع البينة اطلاق القول عن الشافعي
رحمه الله انه لا يستحلف الرجل مع بينته وسيعود المسئلة في مظانها فلم ارها وقدمت
عن نص الام شيئا وان الماوردي اوله وحمله على خلاف ما هو الظاهر من الحكم هنا
فراجعه تستفد **قال** ولو اقامها بملك دابة او شجرة لم يستحق ثمرة موجودة
ولا ولدا منفصلا لان بينته لا توجب ثبوت الملك له بل تظهره فيجب ان يكون الملك
سابقا على اقامتها لكن لا يشترط السبق بزمن طويل بل يكفي لصدق البينة لحظة
لطيفة فلا يقدر ما لا ضرورة اليه فلا يستحق الثمرة والنتاج الحاصلين قبل اقامتها

البينة

البينة بل يبقيان للمدعى عليه هكذا اورد الرافعي رحمه الله هذا الاصل
وسياتي ما قيل فيه وسياتي في النتاج وجه غريب **قال** ويستحق حملا
في الاصح اي تبعا للام كما في العقود والثاني المنع لانه يجوز ان يكون الحمل لغير
مالك الام لوصية والمنقول الاول والثاني احتمال للامام كما سياتي بيانه
قال ولو اشترى شيئا فاخذ منه بحجة مطلقة رجع على بايعه بالثمن اي
على المذهب وقيل لا الا اذا ادعى ملكا سابقا على الشراء وقضية هذا الاصل
ان يقال من اشترى شيئا فادعاه مدع واخذه منه بحجة مطلقة لم يكن له الرجوع
على بايعه بالثمن لجواز ان يكون الملك منتقلا من المشتري الى المدعي فلولا المسامحة
صحيحة في مصادفة محلها لكن المشهور في المذهب ثبوت الرجوع اذا انتزع المال منه
بالحجة المطلقة بل لو باع المشتري او وهب وانتزع من المتهب او من المشتري
منه كان للمشتري الاول الرجوع ايضا وسببه مسيس الحاجة اليه في عهدة
العقود وايضا فالاصل ان لا معاملة بين المشتري والمدعي ولا انتقال منه
فيستند الملك المشهود به الى ما قبل الشراء ذكر القاضي الحسين انه وجه لا رجوع
الا اذا كان المدعي ملكا سابقا وفاقا بالاصل المذكور وحمل ما اطلقه الاصحاب عليه
انتهى وما ابداه القاضي قوي واشكاله ما ذكره الائمة ظاهر وقد ضمنه الغزالي
قوله ويجب ان يترك في يده نتاج حصل قبل البينة وبعد الشراء ثم هو يرجع على
البايع قال امامه ما ذكره القاضي لا مدفع له من طريق القياس لكنه خالف اجماع الاصحاب
من عند اخرهم على خلاف ما ذكرته انتهى **تنبيهات تتعلق بالمسئلة**
من اولها **منها قال الرافعي** بعد ما قدمه من ان الثمرة والنتاج يبقيان
للمدعى عليه وذكر القاضي ابو سعد الهروي ان الفقيه ابا نصر البلخي من اصحاب الراي
حكى عن اصحابنا ان قيام البينة يسبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي انتهى واثبت
الرافعي هذا وجها واحدا وقال ابن الرفعة ان عليه ينطبق ما حكاه المحاملي
في المجموع والبندنيجي عن ابن سريج قال اذا كان في يد الرجل جارية فادعاها مدع
واقام بينة انها ملكه حكم له بها وهل يحكم له بالولد وجهان احدهما نعم لان البينة
لا تنقل الملك في الحال وانما تبين بها حصول الملك فيما قبل فيحكم بان الولد حصل

في ملك من قامت له البينة واصحهما لا ومنهـا سبق قول الشيخين انه
يستحق الحمل الموجود عند الشهادة له بالام على اصح الوجهين وهو منقول عن
الاصحاب من غير خلاف حتى لو انفصل الحمل بعد الشهادة وقبل التزكية كان
للمدعي وما هو الا على ترتيب الحامل قال الامام وقد يتطرق اليه احتمال على بعد فان
الملك يفرض مبعضا في البهيمة وحملها بالوصية قال ابن الرفعة وفي الهبة والبيع
الضمني والرد بالعيب على احد القولين كما تقدم وان الجديد في الهبة انه لا يتبع
واذا كان كذلك فلا يبعد ان يدعي البهيمة ويستثني حملها في دعواه واما استتباع
البهيمة الحمل في البيع فذاك امر متعلق بمقتضى العقد لانه لا يصح بيع البهيمة دون
ولدها على المذهب الظاهر والاستثناء في الدعوى والاقرار جائز وقد حكى
الرافعي هذا الاحتمال وجها وانه لا يحكم له بالحمل وقال الغزالي في البسيط وفي
الحمل احتمال اذ انفصال الملك بالوصية فيه ممكن ومنهـا استشكل ابن عبد
السلام قول الاصحاب انا لا نقضي للمدعي بالملك الا قبيل اداء الشهادة بقليل فقال
من شرط سماع البينة في حق الآدمي تقدم دعوى صحيحة عليها موافقة الشهادة لها
وقضيته ذلك انه يحكم بالملك قبل الدعوى لان من شرط صحة الدعوى تقدم الملك
عليها فانها لا تسمى الملك والا لكان الحكم مرتبا على دعوى لم يحكم بصحتها ولا وافقها
البينة فان المدعي عند الزوال من يوم الجمعة تضمن دعواه وجود الملك في تلك
الحالة وصلها فاذا اقام البينة عند الزوال من يوم السبت ولم يحكم بالملك الا
قبيل الشهادة كانت شهادة بما لم يتضمنه الدعوى فينبغي ان لا تسمع كما قاله الاصحاب
في الشهادة بالملك المتقدم قال ابن الرفعة وقد يجاب بان ما ذكروه سلكوا فيه طريق
التحقيق لانه لا يتحقق تضمن شهادتهم نقل الملك في اكثر الزمن المذكور واحتمال
تقدم الملك على الدعوى لا ننكره وهو الكافي في سماع الشهادة لان المعتبر في صحة
الدعوى التي تترتب عليها سماع الشهادة اشتراطها وامكانها ظاهرا لا موافقتها في
نفس الامر وايضا فالشهادة لا تقام الا بطلب المدعي فيقدر عند طلبه اداء الشهادة
كأنه مدع للملك ذلك الوقت ايضا فلم يقع الشهادة مخالفة للدعوى نعم قد يشكل على
هذا ما اذا اقام شاهدا واحدا ثم اقام آخر بعد مدة فان الحكم يقع عند اقامة الثاني

الشهادة وقضيته ما قاله الاصحاب ان يكون ما شهد به الاول غير ما
شهد به الثاني وان لا يلفق وقد صرح في الزوائد في الشهادات بانه لو حدثت
الثمرة بين الشهادتين كانت للمدعى عليه لكن قدمنا عن القاضي في باب صفة
القضاء ما يدفعه فاطلبه منه انتهى وكانه اراد قوله ثم عن القاضي الحسين انه اذا
طلب المدعي من الحاكم الحجر على المدعى عليه في العين الى ان يزكي بينته انه يجاب وان
لم يسأله فوجهان ثم حكى عنه انه قال اذا اقام شاهدا واحدا في المال فان قلنا
يحجر عليه وجب عليه اجرة المثل من وقت اقامة الشاهد الاول ويقع الملك
له عقب اقامة الشاهد الاول وان قلنا لا يحجر عليه فما حصل من النماء والزيادة
بعد اقامة الشاهد الاول وقبل اقامة الشاهد الثاني يكون ملكا للمدعى
عليه وفيه قول آخر ان الثمرة والنتاج الذي حصل بعد اقامة الشاهد الاول
وقبل الثاني يكون ملكا للمدعي انتهى ومنهـا يشبه ان يحمل اطلاقهم
القول بانه لا يقضى للمدعي بالملك الا قبيل الاداء بلحظة حيث لا يدل القرائن
الواضحة من حال المدعي والشهود واداؤهم على تقدم الملك له وان لم يصرح بذلك في
دعواه لعبارته ولا الشهود ومن الامثلة ركب منا اليمن الى الشام مثلا فادعى
احدهم دارا بصنعاء في يد آخر منهم فتشهد له جماعة من الرفقة بملكها وذكروا انهم جيرانه
ونحو ذلك مما يدل على الشهادة له بالملك المتقدم على دعوى بزمن طويل وكذا لو ادعى
عينا على حاضر بالمجلس فانكر فذكر المدعي ان له بينة غائبة تعلم انها ملكه فاتفق ان
قدم الشهود تلك الساعة من الغيبة المعلومة منهم لحج او غزو او تجارة في بلد شاسع
مسلمين على القاضي قبل ان يفارق الخصمان مجلسه فقال المدعي هذه بينتي الغائبة
قد حضرت وهي تعلم انها ملكي فتشهدوا له بالملك مطلقا وكذا لو كان الاداء من
فروع لاصول غائبين في شاسع او قد ماتوا من اعوام فادى الفروع الشهادة على شهادتهم
المطلقة وبعيد ان يقال في هذه الامثلة ونحوها انا لا نحكم له بالملك الا قبيل
الاداء عند الحاكم لا بلحظة هو مقصد حيث لم يدع ملكا سابقا ولم تقم به البينة لان
اكثر الناس يجهل ذلك وقد يكون الدعوى لصبي ونحوه ومنهـا لو اقام
شاهدا واحدا او نتجت قبيل اطلاعها ثم لم يحلف معه الا بعد وضع البهيمة واطلقت

السجن ونحو ذلك وقد تتأخر التحليف لاسباب كمرض لا يخفى ثم يحلف
ويقضى له باليمين فهل نقول يقضى له بالملك من حين اداء الشاهد حتى تكون
الفوائد الحادثة بعد شهادته للمدعي او من حين حلفه ويكون ما حدث قبله
للمدعى عليه لم ار فيه شيئا وشبيه ان يلتفت على ان القضاء هل يقع ان قلنا بالشاهد
كان ما حدث بعد شهادته للمدعي او باليمين كان للمدعى عليه لتأخرها او بهما
كان كما سبق في الشاهدين تشهد هذا اليوم والاخر بعد مدة **قال**
فلو ادعى ملكا مطلقا فشهد واله مع بيان سببه لم يضر اي بخلاف ما لو ادعى
الفا فشهدوا له بالفين حيث يرد شهادتهم في الزيادة وفي الالف المدعى خلاف
سبق والفرق ان سبب الملك تابع للملك وليس مقصودا في نفسه بخلاف الالف
مع الالف فلو اراد المدعي تقديم بينة بذكر السبب بناء على ان ذكر السبب يقتضي الترجيح
لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب اولا لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد بل
يدعي الملك وسببه وهم يعيدون الشهادة وحينئذ ترجح بينته وفيه وجه انه لا
حاجة الى اعادة البينة ويكفي ان تكون الشهادة على ما هو المقصود وافقة بعد
الدعوى والاستشهاد ولو ادعى الملك وذكر سببه وشهد الشهود بالملك ولم
يذكروا السبب قبلوا لانهم شهدوا بالمقصود ولا تناقض هكذا اورد الرافعي
المسألة وقضية كلامه ان ذكرهم السبب اذا لم يعرض المدعي له لا يفيد شيئا بالنسبة
الى الفوائد الحادثة قبل الشهادة من حين السبب المذكور الا ان يعيد الدعوى
ويذكر السبب له بذلك على الصحيح والمفهوم من كلامه الثاني انه لو ذكر السبب في
دعواه فشهدت البينة له بالملك ولم تعرض للسبب انه لا يستفيد بشهادتهم
هذه الا الملك في الحال لا من حين السبب الذي اسند الملك اليه وفيه وقفة ويجوز
ان يحمل اطلاقهم على الشهادة له بالملك على وفق دعواه اذ الظاهر والظن بالعدل
انه لو كان يعلم خلاف ذلك لصرح به او قال لا اعلم ما ذكره من السبب غير اني اشهد
انه ملكه ونحو ذلك ويجوز ان يفرق بين شاهد وشاهد علما وعبارة وان يقال
يستفصل القاضي الشهود وهذا متعين اذا كان المشهود له ممن لا يعبر عن نفسه
والمدعي بيه او وصيه والله اعلم **قال** وان ذكر سببا وهم سببا اخر اي

على الصحيح فتبطل شهادتهم لما بينها وبين الدعوى من التناقض وقيل يقبل
شهادتهم على اصل الملك ويلغوا ذكر السبب وقد يقوى هذا الوجه على ضعفه
فيما لو كانت الدعوى من وصي او قيم لمحجور عليه بخلاف المدعي لنفسه **قال**
فصل قال اجرتك البيت بعشرة فقال بل جميع الدار بالعشرة واقاما
بينتين تعارضتا وفي قول اي مخرج تقدم المستأجر ○ لا خفاء انه اذا لم تكن
بينة اصلا انهما يتحالفان ثم يفسخ العقد او ينفسخ على قياس ما مر في باب التحالف
وعلى المكتري اجرة مثل ما سكنه او الدار وان اقام احدهما البينة بما قال قضي
له وان اقام كل واحد بينة فقولان ويقال وجهان اصحهما وهو المنصوص
ان البينتين متعارضتان لظهور تكاذبهما فان قلنا بالتهاتر سقطتا قال الشيخ
ابو محمد ويحلف المكري ما اكرى الا هذا البيت لواحد وقال الدارمي واحلفهما
وفسخ ثم يكون اوجه احدها ينفسخ بالتحالف والثاني يبطل في الظاهر دون
الباطن والثالث يقال للموجر بعد التحالف ارض بما قال المستأجر فان رضي ثبتا
عليه وان لم يرض قيل للمستأجر ارض بما قال فان رضي فعليه وان لم يرض
الفسخ انتهى بلفظه والقول الثاني في الكتاب خرجه ابن سريج ان بينة المكتري
اولى لاشتمالها على زيادة وهي اكراء جميع الدار فصار كما لو شهدت بينة بالف
وبينة بالفين ثبت الالفان ورد بان الزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم
ووضوح حال في احد جانبي ما فيه التنافي كاسناد الى سبب وسبق وانتقال
عن استصحاب اصل وهذه الزيادة ليست كذلك وانما هي زيادة في المشهود به
ويفارق ما ذكر ان التي شهدت بالالف لا تنفي الالفين وههنا العقد واحد
وكل كيفية تنافي الكيفية الاخرى ويثبت التعارض فان قلنا بالتعارض سقطتا
وتحالفا كما مر وان قلنا بالاستعمال جاء قول القرعة وفي الحلف معها ما مر وقيل
لا يجي واما قولا القسمة والوقف فالمشهور انهما لا يجيئان وبحث الرافعي فيه
والطال ○ وان اختلف والزيادة في جانب المكري بان قال اكريتك كذا
بعشرين فقال المكتري بعشرة فقول التعارض بحاله وعلى قول ابن سريج بينة
المكري راجحة للزيادة ويطرد ما ذكره فيما اذا اختلف المتبايعان واقام كل واحد

منهما بينة وفي احديهما زيادة ٥ ولو وجدت الزيادة في كل من الجانبين بان
قال المكري اكريتك هذا البيت بعشرة وقال المكتري بل جميع الدار بعشرة
فلابن سريج رايان اصحهما التعارض لتقابل الزيادتين واضعفهما يوخذ بالزيادة
من الجانبين فيجعل جميع الدار مكراة بعشرين وهذا اختلاف قول المتداعيين
والشهود جميعا قلت كذا ذكر الرافعي وعبارة الشيخ ابي محمد في السلسلة
بعد التصوير نقل القول باستعمال البينتين في هذه المسئلة عند ابن سريج وجهان
احدهما انهما متهاتران والثاني انهما مستعملان وطريقة الاستعمال القرعة انتهى
وحينئذ لا يكون خلاف قول المتداعيين والبينتين جميعا ٥ ثم قال العراقيون
والروياني وغيرهم هذا كله اذا اطلقت البينتان او ارختا بتاريخ واحد
او اطلقت واحدة وارخت الاخرى فان ارختا بتاريخين مختلفين بان اقام
احدهما بينة على ان كذا اكري سنة من اول رمضان واقام الاخر بينة على ان
كذا مكري سنة من اول شوال فاسبقهما تقدم حكى الهروي فيه قولين احدهما وهو
جواب العراقيين والروياني ان التي هي اسبق تاريخا اولى لان السابق من العقدين
صحيح لا محالة فان كان العقد على جميع الدار صح ولغا الاخر وان سبق العقد على
البيت صح والعقد الوارد على الدار بعد يبطل في البيت وفي باقي الدار خلاف تفريق
الصفقة فترجح الاول بذلك والثاني ان البينة الاخرى اولى فقد يوجه بان العقد
الثاني ناسخ للاول وربما تخللهما اقالة ثم عن صاحب التقريب وغيره ان موضع هذا
الخلاف ما اذا لم يتفقا على انه لم يجر الا عقد واحد فان اتفقا عليه فالبينتان متعارضتان
ايضا قال الرافعي ولك ان تقول وجب ان يقال موضع التعارض في البينتين المطلقتين
او المطلقة والمؤرخة ما اذا اتفقا على انه لم يجر الا عقد واحد فان لم يتفقا عليه
فلا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون تاريخ المطلقتين مختلفا وان يكون تاريخ
المطلقة غير تاريخ المؤرخة واذا لم يكن تناف ثبت الزيادة بالبينة الزائدة
انتهى كلامه وهو بحث وقال القاضي شريح الروياني اذا اقام بينة انه استاجرها
سنة بعشرة واقام المكري بينة انه اكراها منه بعشرين وواحدهما اسبق فان
اتفقت البينتان على ان الاجارة كانت في وقت واحد او اتفق المتداعيان على انه

لم يكن بينهما الا عقد واحد فهي عين مسئلة تعارض البينتين وان لم يتفق
على ذلك فالقاسم قولين احدهما السابقة اولى وبه قطع البغداديون والثاني ان
المتاخرة اولى لان فيه تصديق البينتين **فرع** قال شريح قال في
الام اذا اختلف المكري والمكتري في الرفاف فان كانت مسمرة فالقول قول
المكري وكذا حكم كل متصل كالابواب والسرير والسلاليم المسمرة وما لا يتصل
بالدار من خزائن ونحوه فالقول فيه قول المكتري بيده واما الرفاف غير المسمرة
ونحو السلاليم المنفصلة واغلاق الابواب كما قاله الماوردي فالعرف فيه
مضطرب واليد فيه مشتركة قال شريح فالمنصوص انهما يتحالفان ويكون بينهما
وقال بعض اصحابنا يحتمل ان يقال القول في ذلك قول المكتري مع يمينه لان الدار
بيده بجميع ما فيها وربما ينصب الساكن الرفاف بالمسمار ايضا وقد جرت به العرف
انتهى **قال** ولو ادعيا شاة بيد ثالث واقام كل منهما بينة انه اشتراه
ووزن له ثمنه فان اختلف تاريخ حكم للاسبق والا تعارضتا ٥ اذا ادعى كل
واحد منهما الشراء منه بثمن معلوم وذكر انه وفى وطالب ذا اليد بالتسليم فان
اقر لاحدهما سلمت العين اليه وهل للاخر تحليفه قال الرخسي ان قلنا اتلاف
البائع كآفة سماوية فلا لان غايته قوله ان البيع قد انفسخ بتفويت البائع
المبيع عليه وان قلنا انه كاتلاف الاجنبي واثبتنا الخيار فاجاز واراد ان
يطلب من البائع قيمة المبيع فينبني التحليف على الخلاف فيمن اقر لزيد بعد اقراره
لعمرو هل يغرم وقد سبق بيانه ولا تمتنع دعوى الثمن على الاخر فانه كهلاك المبيع
قبل قبضه في يده وان انكرهما ولا بينة حلف لكل واحد منهما يمينا وان اقام
احدهما بينة سلمت العين له وليس للاخر تحليفه لتغريم العين فانه لم يفوتها
عليه وانما اخذت بالبينة وله دعوى الثمن ٥ وان اقام كل واحد منهما بينة
وهي صورة الكتاب فان اختلف تاريخهما قضي باسبقهما تاريخا لانه اذا باع
من احدهما لم يتمكن من البيع الثاني وان اتحد تاريخهما او اطلقتا او ارخت احداهما
فقط فاما ان يستمر ذو اليد على الانكار والتكذيب او صدق بعد قيام البينتين
احدهما الحالة الاولى ان يستمر على التكذيب فالبينتان متعارضتان فان قلنا

ما لنهاية سقطتا وحلف كل واحد منهما كما لو لم يكن بينة وهل يسترد الثمن
فيه وجهان مبنيان على الحكم بسقوط البينتين واصحهما نعم لان بينة كل واحد
شهدت له بتوفير الثمن وانما سقطتا فيما فيه التعارض وهو نقل المبيع دون الثمنين
وهذا اذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع فان تعرضت له فلا رجوع بالثمن لان العقد
قد استقر بالقبض وليس على البائع عهدة بالحدث بعده وان قلنا بالاستعمال فالاصح
انه لا يجي قول الوقف بنا على ان النزاع في العقد والعقود لا يوقف قال الرافعي
والاوجه وبه جزم في الوجيز مجيئه لانا لا نوقف نفس العقد وانما نحن نتوقف
لينكشف الحال وعلى هذا يترك العين منه قال الامام والقاضي الحسين وغيرهما وكذا
الثمنان ويوقف الكل وان قلنا بالقرعة فمن خرج تسلم العين بالثمن الذي سماه
واسترد الآخر الثمن الذي اداه وان قلنا بالقسمة فلكل واحد منهما النصف
بما سماه وله خيار الفسخ لانه لم يسلم له جميع ما اشتراه قال الرافعي الحالة الثانية
ان يصدق ذو اليد احدهما وشهوده فعلى قول التهاتر تسلم العين الى المصدق وهو
كما لو لم تكن بينة واقر لاحدهما وان قلنا بالاستعمال لم يقدم المصدق على اصح
الوجهين لاتفاق البينتين على اسقاط يده باتفاق الاقوال واليد المزالة
لا تقتضي ترجيحا فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحدا منهما وقد بيناه ⊙ ثم اعرف
شيئين احدهما انهم لم يفرقوا فيما اذا لم يختلف تاريخ الشيئين بين ان تطلق
او يتحد تاريخهما او يطلق واحدة ويورخ اخرى بل صرحوا بالتسوية وقد تضمن
ذلك قول المصنف ولا تعارضنا واستدرك السرخسي فقال هذا اذا لم يقدم
البينة المورخة على المطلقة فان قدمناها قضينا لصاحبها ولا يجي الاقوال
⊙ الثاني خصصوا الوجهين في ان تصديق ذي اليد هل يقتضي الترجيح
بالتفريع على قول الاستعمال واما على قول التهاتر فلم يفرقوا بين ان يصدق اولا
لكن قياس جعل التصديق مرجحا ان يقال يرجح جانب من صدقه وليست حالة
التصديق موضع خلاف للتهاتر والاستعمال كما لا يعود سائر ما يوجب الترجيح هذا
حاصل ما اورده الرافعي خلا ما طرحناه من بقية الكلام على قول الاستعمال وفي
ايراد غير زوايد وفوايد وحاصل الحاوي انه ان سبق تاريخ احدى البينتين حكم

بصحة

بصحة العقد الاول ويرد الثاني على البائع بالثمن لقيام البينة بقبضه
له والاول احق بالعين ولا يبطل ذلك على مالكه فيها اذ قد يبيع ما لا يملك حتى
يقول الشهود قد باعها وهو مالكها او يقولوا انها لهذا باعها من هذا البائع
فتبطل الشهادة لاحد الامرين على ملك المشتري وصحة عقده وان اطلقت
البينتان او اتحد تاريخهما او ارخت واحدة فقط فالعين اما ان يكون في
يد البائع او يد احد المشتريين او في ايديهما او يد اجنبي الحالة الاولى
ان يكون بيد البائع فهل يوجب تصديقه لاحدهما ترجيحا وجهان احدهما
وبه قال المزني وابن سريج نعم فعلى هذا يرجع الى بيانه في اسبق العقدين فاذا
بينه كان البيع له ولا يمين عليه للآخر بل يغرم له الثمن لا القيمة وان انكر
ان يكون عنده بيان كان لكل منهما ان يحلفه يمينا بخصمه فان جمع بين المشتريين
في البيان لغا ما اسلفناه لكون كل واحد منفردا على الآخر في حاله وقال
ابو حامد الاسفرايني تكون العين بينهما بتصديقه لهما فان قاله وهو يرى
ان بيان البائع مقصور على التقدم بالعقد فقد وهم لاستحالة ذلك وان قاله
لانه يرى انه يرجع الى بيانه لانه باع فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب
والوجه الثاني وهو قول ابن خيران وعامة اصحابنا انه لا يقبل تصديقه لاجل
يده لاتفاق البينتين على زوال ملكه فبطل حكم يده وانما يرجع الى يده يجوز ان يكون
مالكه فعلى هذا يجري على البينتين حكم التعارض في الظاهر وان جاز ان لا يتعارضا
في الباطن بان يتقدم احد العقدين فيكون في تعارضهما ثلاثة اقوال احدها
سقوطهما ويرجع اليه فان كذبهما حلف لكل منهما وان صدق وكذب الآخر كانت
العين مبيعة للمصدق فان طلب المكذب احلاف البائع نظر ان كان قد
سبق بالدعوى فله احلافه لانه استحق اليمين بانكاره قبل دعوى المصدق
وان ادعى بعد تصديق الآخر فلا يمين عليه الا على تخريج بذكره فلو عاد البائع
فصدق الثاني بعد تصديقه الاول فالبيع الاول لتقدم اقراره له ثم ان
كانت قيمة العين بقدر الثمن الذي شهدت به بينة الثاني لم يغرم له الا
الثمن وان كانت اكثر ففي وجوب غرم زيادة القيمة بعد رد الثمن قولان

ثانيهما بنزعها ومن هنا يتجه قول ان عليه ان يحلف للمكذب لانه اذا غرم
مع الاقرار حلف مع الانكار وان صدقهما جميعا جعلت العين بينهما مبيعا
نصفين بنصف الثمن المشهود به لهما ان اتفقوا على قدره وان عدلوا الى غيره
فكل منهما ياخذ نصفها بنصف الثمن الذي اقر به البايع ان صدقاه على قدره
وان كذباه حلفا عليه وابطل البيع ولا يعتبر الثمن المشهود به وان قلنا بتهاترهما
في دفعه لان تعارضهما في البيع لا في الثمن هذا حكم قول التعارض والتساقط
والقول الثاني الاقراع بين البينتين فانهما مع عدم حكم بها وفي احلاف صاحبها
مع القرعة قولان احدهما يحلف ان قيل القرعة مرجحة لدعواه والثاني لا يحلف
ان قيل انها مرجحة لبينته وللمقروع الرجوع بالثمن المشهود به والثالث الاستعمال
وقسمة العين بينهما ثم لكل منهما الخيار لتفرق الصفقة عليه فان اختارا الامضا
كانا شريكين او الفسخ صح فسخ من تقدم منهما وسقط سهمه بالفسخ على المتاخر فيسقط
خياره في الفسخ لكمال المبيع له وان امضى احدهما وفسخ الاخر ابطل الفاسخ ونظر
ان فسخ قبل رضى الاخر بالنصف توفر سهمه على الراضي واخذ الجميع بثمن بينته
وان فسخ بعد رضى الراضي لم يعد سهمه على الراضي **الحالة الثانية** ان
يكون العين في يد احدهما فهل يرجح بينته بيده على وجهين مبنيين على الوجهين
في الترجيح بيد البايع اذا صدق احدهما قال فان رجحناه بيده وتسمع رجع الاخر
بالثمن الذي شهدت به بينته ويجوز ان يكون خصما لذي اليد فان انكر حلفه
حلفه وان صدقه سلمها اليه باقراره بالثمن الذي شهدت به بينته ان كان
مثل الثمن في اشياعه وان كان اقل لم يكن له ان يرجع بالباقي لانه مقر بانه لا يستحقه
على الثاني وان كان اكثر فليس له اخذ الزيادة لاعترافه انه لا يستحق اكثر مما دفعه
ويكون درك الثاني على الاول دون البايع ولا يكون على البايع درك الاول وان
قلنا لا نرجح بيده بيد البايع اذا صدق احدهما سقط حكم يد المشتري هنا وتعارض
ساهدا وبان الاقوال الثلاثة التساقط ويرجع على البايع في اقراره وانكاره كما
مضى والاقراع ويحكم للاقراع على ما مضى والقسمة على ما مضى **الحالة الثالثة**
ان يكون في يديهما فقد تساويا في اليد والبينة ووقع التعارض فيجي الاقوال الاسقاط
والاقراع

والاقراع او الاستعمال فان رجحنا بيد احدهما رجحنا ايديهما وصار لكل واحد
بينة داخل في النصف الذي بيده وبينة خارج في النصف الاخر فيجعل المبيع بينهما
نصفين وهل كل واحد لصاحبه على قولين ويرجع كل منهما على البايع بنصف الثمن
وكان الخيار على ما سبق **الحالة الرابعة** ان تكون بيد اجنبي فان كانت
نايبة عن البايع او عن احد المشتريين او عنهما فالحكم على ما سبق في الاحوال
الثلاثة وان كانت بيده لنفسه لم تتوجه الدعوى في البيع لنسبة الى غيره ولا توجب
بينة واحد منهما انتزاع العين من يده لان بيع غيره لها لا يجعله مالكا لها ولا مطالبة
للبايع بها الذي اليد بل يسقط المطالبة عنه لاجل البينة ولا يمين عليه لو احدهم
ويرجع كل منهما على البايع بالثمن الذي شهدت به بينته فاذا حكم بابطال البيعين
واخذ البايع برد الثمنين جاز له ان يستانف الدعوى وهذا كله اذا لم يكن في
البينة الشاهدة بالبيع شهادة للبايع بملك المبيع فاما ان شهدت له بملك ما باع
فان عارضها ذو اليد ببينة قدمت والا رفعت يده وثبت ان البايع باع ملكه وان
كانت الشهادة بملكه من احدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك
ورجع الاخر بالثمن وبطل حكم التعارض فيهما وان شهدت البينتان بالملك والبيع
ثبت حكم التعارض وجاءت الاقوال الثلاثة انتهى ملخصا وفي كلام غيره تشعبات
وتفاريع يطول ذكرها **فمنها لو شهدت احديهما** في حال عدم التاريخ بان
الدار ملكا للبايع وقت البيع او كونها ملكا للمشتري اليوم قدمت قال العبادي
وكذا لو كان في احدى البينتين انها في يد المشتري قال الهروي ولم يرد به مجرد اليد
بل اراد به اليد مع امتداد المدة على التصرف مع عدم المنازع وكذا لو كان في احديهما
ذكر نقد الثمن دون الاخرى كان مقدمة على الاخرى قال العبادي سواء كانت
سابقة في التاريخ او مسبوقة قال الهروي وهذا غريب لم اره في كتب الاصحاب ووجهه
ان البينة السابقة اذا لم تتعرض لنقد الثمن وتعرضت له البينة اللاحقة او
تسليم المبيع والبينة الساكتة عن التعرض لنقد الثمن لم تترتب على دعوى ثانية بطلب
تسليم المبيع وهذا ظاهر على قولنا يجبر المشتري على تسليم الثمن ثم البايع بتسليم المبيع
بعده وعلى قولنا الدعوى في الدين المؤجل لا تسمع قبل انصرام الاجل انتهى وذكر الرافعي

ذلك ملخصا وتابعه ابن الرفعة وفيه وقفة وفي الحاوي انه اذا شهدت
بينة احدهما بانه ابتاعه منه وقبضه وشهدت الاخرى بالبيع ولم يقولوا انه
قبضه فهل يترجح بينة من شهد له بالقبض فيه وجهان والذي نص عليه الشافعي
رضي الله عنه الترجيح لان البيع بالقبض مبرم وقبل القبض متردد بين سلامة
المبيع فيبرم او تلفه فيبطل **فرع** في يد دار فجاء اثنان يدعيانها فقال
احدهما اشتريتها من زيد وهو يملكها وقال الاخر اشتريتها من عمرو وهو يملكها
او نسبا معا الشرى الى شخص واحد واقام كل واحد بينة بذلك تعارضتا فان اسقطناهما
فكان لا بينة ويحلف ذو اليد لكل واحد يمينا وان استعملناهما ففي مجيء قول
الوقف ما سبق ويجري قولا القرعة والقسمة والتفريع كما سبق الا ان على
قول القسمة اذا فسخ احدهما العقد واجاز الاخر لم يكن له اخذ النصف الاخر لتقدم
الفسخ او الاجازة اذا ادعيا الشرى من اثنين وجب اثبات الخيار على قول
القسمة وذلك اذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى والا فاذا
جرى القبض استقر العقد وما يحدث بعد فليس على البايع عهدته وانما شرطنا
في صورة الفرع ان يقول كل واحد منهما وهو يملكها لان من ادعى مالا في يد اخر
وقال اشتريته من فلان لم تسمع دعواه حتى يقول وهو يملكه او يقول وتسلمته منه
او سلمه الي لان الظاهر انه انما يتصرف بالتسليم فيما يملك وفي دعوى الشرى
من صاحب اليد لا يحتاج ان يقول وانت تملكه ويكتفى بان اليد تدل على الملك
وكذلك يشترط ان يقول الشاهد في الشهادة اشتراه من فلان وهو يملكه او
اشتراه وتسلمه منه او سلمه اليه هو وفي فتاوى البغوي انهم لو لم يقولوا في شهادتهم
انه كان ملكا لفلان بل شهدوا انه ملك هذا المدعي اشتراه من فلان ان ظاهر
النص انها لا تسمع ما لم يقولوا اشتراه من فلان وكان ملكا له قال وعندي يحتمل ان لا
يشترط هذه اللفظة لانه قد يشتريه من فلان شرى صحيحا ولا يكون البايع مالكا
بل وكيلا بالبيع ولانهم لما قالوا اشتراه من فلان فمطلق الشرى يحمل على الشرى الصحيح
الموجب للملك خاصة اذا شهدوا لهذا المدعي بالملك في الحال انتهى وفيما ابداه
نظر ان اراد به انه لا يتعين هذه اللفظة ولا ما سواها مما فيه ان للبايع ولاية

البيع

البيع على المدعى ولا سيما اذا كان الشهود ممن لا علم له وكما يجوز ان يكون البايع
مالكا او نايبا يجوز ان يكون سارقا او غاصبا او فضوليا قال الامام ويجوز
ان يقيم شهودا على انه اشتراه من فلان وآخرين على ان فلانا كان يملكه الى ان باعه
منه قال الرافعي لكن الاخرين ان شهدوا هكذا فقد شهدوا على البيع والملك
وكان المراد ما اذا اقام شهودا على انه اشترى منه وقت كذا وآخرين على انه كان
يملكه الى وقت كذا انتهى واطلاقه وغيره يفهم انه لا فرق في صورة الفرع بين ان
يسبق تاريخ التسليم في الشرى من اثنين وبين ان لا يسبق قال ابن الرفعة
وحكى الفوراني قولا اخر ان بينة السابق اولى ودعا التعارض وهو ما اورده
القاضي الحسين وغيره ان قلنا بالتساقط فكان لا بينة وذكر نحو ما سبق في صدر
الفرع ثم ساق كلام الحاوي بطوله كما اوردته في الغنية **فرع** اقام احد
المتداعيين بينة انه اشترى الدار من فلان وكان يملكها واقام الاخر بينة
انه اشتراها من مقيم البينة الاولى يحكم ببينة الثاني ولا يحتاج ان يقول مقيم
البينة راس يملكها كما لا يحتاج ان يقول لصاحب اليد لان البينة تدل على الملك
كما ان اليد تدل عليه **فرع** قال شريح في روضته لو ادعى رجلان دارا في يد
زيد انه اشتراها منه وادعى اخر انه وهبها منه وسلمها اليه واقام كل منهما
البينة فهو كما لو ادعيا الشرى منه على ما سبق وقال بعض اصحابنا يحتمل ان يقال يؤخذ
بالبيع لانه اقوى من عقد الهبة وفيه نظر انتهى **قال** ولو قال كل منهما
بعتكه بكذا واقاماهما فان اتحد تاريخهما تعارضتا وان اختلف لزمه الثمنان
وكذا ان اطلقتا او احداهما في الاصح صورتها ان يكون في يد دار مثلا فجاء
اثنان فقال كل واحد منهما بعتك هذه الدار وكانت ملكي بكذا فاداء الثمن فان
اقر لهما طولب بالثمنين او لاحدهما طولب بالثمن المسمى وحلف للآخر وان اقام كل
واحد منهما بينة وهي صورة الكتاب نظر ان اختلف تاريخهما لزمه الثمنان
لامكان اجتماعهما وان اتحد بان عينا مع الزوال فتعلا تعارضتا لاستحالة
كون جميعها ملكا لكل من الاثنين في اوان واحد فعلى قول التهاتر كان لا بينة وان
اقرعنا قضي للقارع بالثمن المشهود به وللآخر تحليفه قطعا لانه لو اعترف به بعد

ذلك لزمه وان قسمنا كان لكل منهما نصف الثمن الذي سماه وكانت الدار كانت لهما فباعاه بثمنين مختلفين او متفقين وذكر الامام وجها آخر ابداه تخريجا انا نثبت اليمينين دون تخريج قول الوقف الخلاف السابق والظاهر مجيئه واذا قسمنا عند التعارض فلاخيار لذي اليد لحصول تمام المبيع له ولا غرض له في تعيين البائع وقيل يثبت له لانه قد يرضى بمعاملة واحد لا بمعاملة اثنين

○ وان اطلقتا البينتان او احداهما اصحهما عند كثيرين ونسبه الماوردي والامام الى الاكثرين وادعى الفوراني في العمد انه لا خلاف فيه وحكى بعضهم طريقة قاطعة انهما كمختلفتي التاريخ فيلزمه الثمنان لان التنافي غير معلوم والعمل بكل واحد من البينتين ممكن وثانيهما انهما كمتحدتي التاريخ اذ ربما تشهدتا على البيع في وقت واحد والاصل براءة ذمة المشتري فلا يؤاخذ الا بيقين قال ابن كج وبه قال القاضي ابو حامد وابو الحسين وغيرهما فعلى هذا يعود خلاف التعارض وحكى ابو حاتم القزويني وغيره ان من الاصحاب من قال ان شهدت البينتان على الاقباض مع البيع وجب الثمنان لا محالة وهذا الخلاف طرق لا اوجه وعبارة الدارمي وان قلنا هاهنا فان قلنا تسقطان بطلتا او تستعملان فههنا قولان احدهما يقرع والثاني تقسم نصفين فيكون لكل واحد نصف الثمن فان ذكرت بينتاهما القبض فعليه لكل واحد منهما الثمن كما قال المزني وقيل نصف فاما ان اطلقتا او بينتا انه عقد واحد فنصف نصف والمزني يقول ثمن لكل واحد وقيل اذا اطلقتا فثمنان ثمن قال مع الاطلاق ثمن واحد قال اذا ذكرا القبض وجهان احدهما ثمنان والثاني ثمن فيحصل ان ذكر عقد واحد فثمن وان اطلق فوجهان فان ذكر القبض رتبه هذا لفظه رحمه الله **تنبيهان احدها** ما سبق من لزوم الثمنين اذا اختلف التاريخ من شرطه ان يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الاول ثم الانتقال من المشتري الى البائع الثاني ثم العقد الثاني فان عين الشهود زمنا لا يأتي فيه ذلك لم يجب الثمنان قاله في اصل الروضة وهو منتزع من كلام النهاية وتبعه في البسيط **ثانيهما** صور الشافعي رضي الله عنه المسألة بما اذا قال كل واحد انه باعه الدار وهو مالك لها وجرى عليه الاكثرون وقضية اطلاق المنهاج

والسبه وغيرها انه لا فرق فيما ذكرناه بين ان يذكر انها ملكه وقت البيع او لا يذكر وهو ما حكاه ابو العباس البصري في شرح الجامع الصغير واشار الرافعي الى استغرابه **ثالثها** لو قامت البينتان باقرار بما ادعياه قال الرافعي فالاظهر ان الحكم كما لو قامتا على العقد نفسه فينظر اقامتا على الاقرارين مطلقا او على الاقرار بالشراء من زيد في وقت ومن عمرو وكذلك وقيل يجب الثمنان وان كانت الشهادتان على الاقرارين مطلقا بخلاف الشهادتين على البيعين مطلقا لان الشهادة على الاقرار قد يثبت بها ما لا يثبت بالشهادة على نفس المقر به الا ترى انه لو قامت بينة على اقراره بالغصب من زيد واخرى على اقراره بالغصب من عمرو يلزمه قيمتان ولو قامتا على نفس الغصب من زيد والغصب من عمرو وتعارضتا فان استعملناهما لم يجب الا قيمة واحدة انتهى قال ابن الرفعة وهذا الطريق لم يحكها البندنيجي وابو الطيب وابن الصباغ وغيره ونقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه واستشهد به على لزوم الثمنين في المسألة السابقة عند اطلاق البينتين وفرق الاصحاب بما ذكرناه انتهى **قلت** وممن اقتصر على هذا الطريق الماوردي وشريح الروياني ونقله الهروي في الاشراف عن النص مقتصرا عليه وكذلك الجويني في مختصره والغزالي في خلاصته وغيرهم والظاهر انه المذهب ولم ار ما ذكر الرافعي انه الاظهر وفي الروضة انه الصحيح الا في التهذيب فانه جزم بالتسوية بين البينة على البيع وعلى الاقرار به وهو غريب وقد اطلق البغوي والرافعي في اول المسألة القول بانه اذا اقر لهما لزمه الثمنان لا محالة ثم قال الماوردي يجوز ان يكون في الاقرار تعارض في موضع وهو ان تتفق الشهادتان على انه اقر في وقت واحد ثم اختلفا فيمن اقر له فقال احدهما كان اقراره لزيد وشهدت الاخرى ان اقراره كان لعمرو فيتعارض الشهادتان في الاقرار كما تعارضتا في العقد فيحمل تعارضهما على الاقوال في الموضعين

فرع قال الرافعي قال الامام لو شهد اثنان على انه باع من فلان ساعة كذا وشهد آخران انه كان في تلك الساعة ساكنا او شهد اثنان على انه قتل فلانا ساعة كذا وآخران انه كان ساكنا في تلك الساعة لا يتحرك ولا يعمل شيئا ففي قبول الشهادة الثانية خلاف للاصحاب لانها تشهد على النفي وانما تقبل الشهادة على النفي في

المضايق واصول القدوات فان سمعناه فبتقصود التعارض بهذا الطريق
ايضا زاد في الروضة قلت الاصح القبول لان النفي كالاثبات في امكان
الاحاطة به والله اعلم انتهى ويوافقه قول الرافعي في اواخر الطلاق انه لو راي
ذهبا فحلف بالطلاق انه الذهب الذي اخذ من فلان فشهد شاهدان انه
ليس ذلك الذهب وانه حانث وظاهر المذهب وقوع الطلاق وان كانت هذه
شهادة على النفي لانه نفي يحيط العلم به انتهى لكن الامام هنا في صورة الفرع قال
ان الذي ذهب اليه الاكثرون ان الشهادة مردودة لتعلقها بالنفي ومبنى الشهادة
على التعرض للاثبات وعلل في البسيط ذلك بانها شهادة على النفي ولا
ينضبط الامر لو فتح الباب والثاني يقبل لامكان اسنادها الى الحقيقة وهذا
متجه ولكن الاكثرون ذهبوا الى رد الشهادة انتهى ولم يحك خلافا حيث
الجاهل مسئلة الطلاق التي استشهد بها **فصل** قال
ولو مات عن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما مات على ديني فان عرف انه كان
نصرانيا صدق النصراني فان اقاما بينتين مطلقتين قدم المسلم وان قيدت
لان اخر كلامه اسلام وعكسته الاخرى تعارضتا وان لم يعرف دينه واقام كل منهما
بينة انه مات على دينه تعارضتا ○ مقصود الفصل الكلام في تعارض البينتين
في الموت والميراث فمن مسايله ان يموت رجل عن ابنين مسلم ونصراني مثلا فاختلفا
فيمن مات عليه فقال المسلم مات مسلما فلي الميراث وقال الآخر مات نصرانيا فلي الميراث
فاما ان يكون الاب معروف الدين اولا **الحالة الاولى** ان يعرف بالتنصر
فقال المسلم اسلم ثم مات وقال النصراني بل مات نصرانيا فالقول قوله مع يمينه اذ
الاصل بقا كفره وان اقام كل واحد منهما بينة نظر ان اطلقتا فقالت بينة المسلم
انه مات مسلما وقالت بينة النصراني انه مات نصرانيا فبينة المسلم مقدمة لان معها
علما وهو انتقاله الى الاسلام والاخرى استصحبت وشهدت بالاصل الناقل
اولى من المستصحبة ولمثل هذا قدمنا بينة الجرح على التعديل هذا هو المشهور وفي
الحاوي انه لو شهدت بينة المسلم ان اباه مات مسلما وبينة النصراني انه مات نصرانيا
فقد اختلف اصحابنا هل تحمل هذه الشهادتان على التقييد لان كل واحدة شهدت بموته

عند

عند الموت حتى يأتي فيه اقوال التعارض والاستعمال او يحمل على الاطلاق
لانهما استصحبا ما تقدم من حاله ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه فلا تعارض
ويكون الميراث للمسلم على وجهين انتهى والمذهب ما ذكرناه ولو مات رجل عن ابن
وزوجة فقال الابن دار مجهول ميراث بيننا وقالت زوجته بل اصدقها ابوك
او باعها مني واقام كل واحد منهما بينة فبينتها اولى ولو ادعى على مجهول انك عبدي
واقام بينة واقام الآخر بينة انه كان ملكا لزيد فاعتقه قدمت بينته لعلمها
بالانتقال من الرق الى الحرية وعلى هذا قياس المسايل ○ ولو قيدت البينتان
انه تكلم في آخر عمره بكلمة فقال الابن المسلم كانت كلمة الاسلام واقام عليه
بينة وقال الآخر بل كانت تلك الكلمة كلمة التنصر واقام عليه بينة تعارضتا ففي
قول التساقط سقطتا ويصير كانه لا بينة فيصدق النصراني بيمينه لان الظاهر
معه قال شارح الدوباني قال جدي وقد قيل يحكم بالاسلام ويصير بقيام البينتين
في حكم مجهول الاصل فيحكم باسلامه لان الدار دار الاسلام قال وهذا ليس بقوي
وان قلنا باستعمالهما فعلى الوقف يوقف وعلى القرعة يقرع فمن خرج قلنا التركة وعلى
القسمة يقسم بينهما نصفين وقال ابو اسحق وطايفة كما قال الماوردي لا يجي القسمة
والجمهور على مجيئها **الحالة الثانية** ان لا يكون الاب معروف الدين فان لم
تكن بينة نظر فان كان المال في يد غيرهما فالقول قوله او في يدهما حلف كل واحد
لصاحبه وجعل بينهما وابدى في الشامل احتمالا انه لا يحتاج الى التخالف مما سبق
عنه وقد يوجه سكوت جماعة عنه وان كان في يد احدهما فوجهان احدهما وبه
قال الشيخ ابو حامد والقاضي الحسين وجماعة القول قوله بيمينه والصحيح انه يجعل
بينهما ولا اثر لليد بعد اعترافه انه كان للميت ○ وان اقاما بينتين تعارضتا سواء
اطلقتا ام قيدتا ويجي في القسمة خلاف ابي اسحق وقيل تقدم بينة الاسلام لانه
الظاهر من حال من هو في دار الاسلام قال الرافعي والمشهور في الروضة والمذهب
الاول وفي الاشراف انه اذا لم يعرف اصل دينه سقطتا في قول وسلط من بيده
التركة عليها وقيل الصواب استعمال البينة انتهى وفي الحاوي انهما اذا سقطتا
والدين مجهول فثلاثة اوجه احدها وهو قول المزني انها تقسم بينهما ملكا بالتحليف

دون البينة لتكافيهما فيها والثاني وهو قول ابن خيران انها تقسم بينهما او تقر في يد
معهما امانة يمنعان من التصرف فيها حتى يتبين مستحقها منهما او يصطلحان
عليها كالميت عن زوجتين احداهما مطلقة وقد اشكلت والثالث وتشبه ان
يكون قول ابي اسحق انها تقر في يد من كانت في يده قبل التنازع والتخالف فان
كانت في يدهما او بيد اجنبي او في يد احدهما اقرت على حالها وكان اقرار يد وامانة
من غير قسمة ووهم ابو حامد فاقرها في يده ملكا وهو خطا لان سبب استحقاقه
متعين بالميراث فلم يجز ان يكون لليد في تملكها تاثير ويقرب منه قول ابن الصباغ
بعد ذكر قول ابي حامد وهذا فيه نظر لانه معترف بانه للميت الذي ادعى انه ورثه
والآخر يدعي مثل ذلك فلا ينبغي ان يكون لمثل هذه اليد حكم بل ينبغي ان يكون
موقوفا او مقسوما عليهما وهذا اقوم وعبارة ابن شداد وقال صاحب الشامل يجب ان
يكون التركة موقوفة بحالها ولا طلب لواحد منهما لانه لم يقم حجة او يقول يقسم
بينهما ولا يخالف هذا لفظه فيما اذا كانت التركة في يدهما وقوله الانصا دوان كانت
في يد احدهما قال ابو حامد كذا وقال صاحب الشامل لا ينبغي ان يكون لليد حكم بل يجب
ان يكون موقوفا او مقسوما بينهما وان كانت في يدهما جميعا قال ابو حامد يحلف كل
واحد منهما على ما في يده ويقر عليه قال صاحب الشامل يجب ان يكون على ما ذكرنه
اما ان يقر بيدهما عليه او يقسم بحكم اليد ولا يخالف قال وهذا اشبه هذا كله اذا قلنا
بالتسقوط انتهى انتهت **ومنها** ينبغي ان يتامل
كلام الرافعي هنا فيما اذا لم يعرف اصل دينه ولم يكن لاحدهما بينة مع كلامه في الفرع
الآتي من بعد وصورها اذا مات عن زوجة واخ مسلم وعن اولاد كفرة فربما يظهر
بين الكلامين تفاوت **ومنها** جعل الماوردي للبينتين وقد عرفت نصرانيته
في الحياة اربعة احوال احدها ان تطلقا فيقول شهود المسلم ان اباه مسلم ويقول
الآخر انه نصراني فيحكم بالاول لزيادة علمها ويرثه المسلم الثانية ان تقيد الشهادة
كل واحدة بان آخر كلامه كذا ثم حكى ما سبق عنه انه لو شهدت بينة المسلم ان اباه مات
مسلما وعاكسها الاخرى الثالثة ان تكون الشهادة بالاسلام مطلقة وبالنصرانية
مقيدة فلا تعارض لانه قد يسلم ثم يرتد بعد اسلامه الى النصرانية فتصح الشهادتان ويحكم

يرثه ويكون ماله فيئا الرابعة عكس الثالثة فلا تعارض ويرثه المسلم
وعلى تفوراني عما ذكره في الحالين الآخرين بقوله وان كانت احداهما مطلقة
والاخرى مفصلة فالعمل بالمفصلة اولى **ومنها** قال في الام اذا حضر اخوان
مسلم ونصراني فتداعيا ان اباهما مات وترك هذه الدار ميراثا وقال المسلم مات
مسلما وقال النصراني مات نصرانيا مسلما فان تصادقا على انه كان نصرانيا ثم
قال المسلم اسلم بعد قبل الملك للنصراني فان ثبتت بينته بانه اسلم ومات مسلما
كان الميراث للمسلم وان قال لم يزل مسلما وقال الآخر لم يزل نصرانيا وقفنا المال
ابدا حتى نعلم او يصطلحا فان اقام النصراني بينته كان نصرانيا ومات نصرانيا
كان الميراث له دون المسلم وان اقام كل واحد منهما بينة على دعواه ففيها قولان
احدهما تقرع فايهما خرج سهمه احلف وجعل الميراث والثاني تقسم بينهما
ثم قال الربيع قال الشافعي اثر قول القسمة وهذا قول استخير الله فيه واقف فيه ثم
قال الشافعي لا يعطي احد منهم شيئا ويوقف حتى يصطلحا قال الربيع وهو
آخر قول الشافعي وهو اصوبهما هذا لفظ الام وهو كله مفرع على قول الاستعمال
ومنها قال الفارقي اثر قول المهذب وان لم يعلم اصل دينه تعارضت
البينتان سواء كانتا مطلقتين او مؤرختين الصحيح ان الحال لا يختلف بين
ان يعلم اصل دينه او لا يعلم على ما حكاه الشيخ ابو نصر ولانه سواء علم او لم يعلم مع
تعارض البينة بالكفر والاسلام فاحتمال صدق كل واحدة منهما ثابتا انتهى
ومنها قول المصنف وان قيدت ان آخر كلامه اسلام اي ما يكون به
مسلما وهو النطق بالشهادتين والتبري من كل دين خالف الاسلام كما قاله
الماوردي وغيره وقوله وعكسته الاخرى اي بان شهدت ان آخر كلامه ما
يكون به نصرانيا وهو المنطق بالتثليث كما قاله الماوردي او بان لا اله الا الله
وان عيسى رسول الله انه بريء من كل دين سواه كما قاله العبادي قال الهروي وفيه
اشكال لان المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه السلام واثبات نبوته ليس نفيا لنبوة نبينا
محمد صلى الله عليهما وسلم سيما عند منكري المفهوم قلت وفيه نظر لان من تبرى
من كل دين سوى دين عيسى فقد تبرى من دين نبينا صلى الله عليهما وسلم والحق

من الرافعي كونه نقل عن ابن عاصم وان عيسى رسول الله وحذف قوله وانه
برئ من كل دين سواه ثم قال قال ابو سعد وفيه اشكال ظاهر فذكره ثم قال فيجب
ان تفسر كلمة التنصر بما يختص به النصارى كقولهم ان الله تعالى ثالث ثلاثة
انتهى قال الرافعي اما سقط من الاصل الذي هل منه آخر الكلام الذي ذكرناه
اوزاغ بصره عنه اوراي عدم الفرق بين ان يقوله او يسكت على قوله رسول الله
كما ظنه الهروي وهو بعيد في تتمة كلامه السابق ولا نقنع بالظاهر السابق اليه
الافهام والظنون في هذا الباب بل يجب ان تقطع البينة باثبات كلمة النصرانية
على وجه تنتفي عنه الاشكال وهذا ما عبر عنه في الروضة بقوله يشترط في بينة التنصر
ان يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصارى كقولهم ثالث ثلاثة وهل يجب في بينة
الاسلام تفسير كلمته لانهم قد يتوهمون ما ليس باسلام اسلاما فيه وجهان
انتهى وقال ابن الرفعة وعدم الوجوب هو الذي اورده البندنيجي وغيره انتهى والوجوب
رجح سيما اذا كان الشاهد عاميا او مخالفا للقاضي فيما يصير الكافر مسلما والله اعلم
ومنها اذا قلنا بالقسمة خلافا لابي اسحق فهل يحلف كل واحد من الاثنين
للآخر فيه وجهان رواهما ابن كج والاصح المنع ونقل وجهين في كيفية القسمة اذا
مات عن ابن وبنت وتنازعا في دين الاب وقلنا بالقسمة عن ابن سلمة وغيره انه
يقسم المال بينهما نصفين وعن غيره انه يقسم اثلاثا قسمة الميراث قال الرافعي وليسا
ولا واحد منهما بقوم بل يجب ان يقال هما شخصان يدعي احدهما جميع الدار
والآخر نصفها واقاما بينتين وقد مر ان على قول القسمة للاول ثلاثة ارباعها والباقي
ربعها وعبر في الروضة عن ذلك بقوله والصواب انهما كرجلين المسألة **قلت**
ويشبه قول ابن سلمة اذا قلنا بالرد عند فساد بيت المال كونها لان البيت يقول
حينئذ انا استحق جميع التركة فرضا وردا **ومنها قال الفوراني** في
الابانة اذا قامت بينة الكفر انه كان آخر كلامه وقامت الاخرى كان آخر كلامه الاسلام
فقولان ان قلنا بالتهاتر فان كان له اصل دين معلوم فيستبق حكمه وان لم يكن فالمال
بينهما بحكم اليد على النصف وان قلنا بالاستعمال تجيء فيه الاقوال فان قلنا
بالقسمة فيجعل نصفين بحكم للبينة فلا المسلمون من ورثته او الكفار فلهم النصف

فقط

فقط بخلاف ما اذا لم يكن بينة او قلنا بالتهاتر فان المال بينهم بحكم اليد هناك
فهم فيه سواء الكفار والمسلمون وقال في العدة ان قامت كل بينة منهما
تشاهد ما به عند الموت يتكلم بكذا تعارضتا وان قلنا كما ترى مسقط فان كان اصل
دينه متفقا عليه مثل ان اتفقا على انه كان في الاصل نصرانيا فالبينتان ساقطتان
والميراث للابن الكافر وبالضد وان لم يكن متفقا عليه فحينئذ يقسم بينهما بحكم اليد
حتى لو كان اثنان يدعيان اسلامه وثلاثة كفره فخمسان للمسلمين وثلاثة اخماس
للكفار وان قلنا بالاستعمال ففي كيفيته ثلاثة اقوال ذكرناها وان قلنا بالقسمة
يجعل نصفه لمن يدعي الاسلام قلوا ام كثروا وكذا من يدعي الكفر لان هذه القسمة
بالبينة لا باليد هذا لفظه فيما رأيته من كتابه وذكر ابن الرفعة في الابانة
عنه انه قال في هذه الحالة الثانية انه يقسم عليهم على عدد الرؤوس لانها قسمة بحكم
اليد انتهى **ومنها** قال الرافعي في آخر كلامه على المسألة وورأ ما حكيناه شيئان
احدهما ان الموت على كلمة الاسلام يوجب الارث للابن المسلم لكن الموت على كلمة التنصر
بمجرده لا يوجب الارث للابن النصراني لاحتمال انه اسلم ثم تنصر وحينئذ فلا يورث
عنه وكان الغرض فيما اذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية الى ان جعلها
آخر كلامه او اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضمونا الى الختم عليه وان لم
يتعرض له الشهود **والثاني** ان تقييد البينتين ان آخر كلامه كان كذا غير
محتاج اليه ليزول الترجيح بزيادة العلم بل تقييد بينة النصراني بانه تكلم اخرا
بكلمة التنصر كاف فيه انتهى **ومنها قال الاصحاب** ويغسل الميت ويصلى
عليه في هذه المسائل وينوي الصلاة عليه ان كان مسلما وكذا يقصد الدعاء بذلك
كما سبق في الجنائز عند اختلاط موتانا بموتى الكفار وقال العراقيون هنا مخالفين
لان امره مشتبه فجرى مجرى جماعة ما نواد فيهم كافر فلا اشكل فانهم يغسلون
ويصلى عليهم قال الامام ولا حاجة الى هذا الاستشهاد والعمدة في الصلاة
اسناد الاسلام الى بينة وليس في الصلاة نزاع ولا يموت ميت فيقطع له بان الا
في الموافاة ولسنا ننكر ترددا من طريق الاحتمال سيما اذا كان الرجل معروفا
بالتنصر وقد تعارضت البينتان في الكلمة التي بها الاختتام ولكن النص هنا ولم

او في الطرق ما يخالفه وكما يغسل ويصلى عليه يدفن في مقابر المسلمين كما يدفن
الموتى الذين فيهم كافر قال الماوردي وفي الحالة التي يحكم فيها بردته لا يغسل
ولا يصلى عليه واراد ما اذا كانت بينة النصراني مقيدة وبينة الاسلام مطلقة
والله اعلم **فرع** مات عن زوجة مسلمة واخ مسلم وعن اولاد
كفرة فقال المسلمان مات مسلما وقال الاولاد بل كافرا فان كان اصل دينه الكفر
فالقول قول الاولاد وان اقام كل فريق بينة فان اطلقتا قدمت بينة المسلمين وان
قيدتا جا التعارض وان لم يعرف اصل دينه وقف المال حتى ينكشف الحال او يصطلحوا
وان اقام كل بينة فعلى الخلاف في التعارض ويعود خلاف ابي اسحق في مجي قول القسمة
واذا رجحنا طايفة قسم المال بينهم كما يقسم لو انفردوا وان جعلنا المال بين الطايفتين
تفريعا على القسمة مثلا فالنصف للزوجة والاخ والنصف للاولاد وفيما ياخذ
الزوجة من النصف وجهان احدهما ياخذ ربعه وكانه كل التركة وهو ما ذكر
السرخسي والثاني ياخذ نصفه ليكون لها ربع التركة فان الاخ معترف به والاولاد
لا يحجبون بقولها وهذا ما اورده الامام ومن تبعه زاد في الروضة والاول اصح
لانها معترفة ايضا باستحقاق الاخ ثلاثة ارباع التركة والله اعلم قال ابن الرفعة وان
قلنا بالقسمة اي في اصل المسلة فالذي اورده الجمهور بانا نقسم ههنا ثم ذكر ما تقدم
الى قوله هذا ما اورده الامام ومن تبعهم قال وفي الحاوي ان الذي عليه الجمهور
انه لا يصح تخريج قول القسمة ههنا وان جاز في المسلة السابقة لان الابن فيما تقدم
شريكان والاخ والابن ههنا متدافعان فصح الاشتراك هناك وبطل ههنا انتهى
وما ذكره الماوردي يظهر قوته الاريب ان الشيخ ابا حامد واتباعه ردوا على ابي
اسحق هناك بان احتمال كون المال للابن قائم في تلك الصورة لانه يجوز ان يكون
مات نصرانيا قبل اسلام ابنه فيكون ميراثه لهما اثلاثا ان المسلم ادعى انه مات مسلما
لياخذ كل الميراث اي فما حصل القضا بالخطا قصدا كما ظنه ابو اسحق قال البندنيجي
بعد كلام شيخه وهذا يخرج منه ما اذا عرف اسلام المسلم منهما قبل وفاة ابيه وقال
شيخ الروياني وان لم يكن بينة فان عرف اصل دينه بني الحكم عليه وان لم يعرف
وقف الي ان يتبين الحال وقال بعض اصحابنا يعطى كل من في يده المال قدر ما يدعيه

فان كا

فان كان في يد المراة يعطى قدر الربع والباقي للاخ وان كان في يد الابن فهو
له ولا حق للمراة والاخ فيه وان كان في يد غير الوارث وقف الى ان يصطلحوا
او تقوم بينة وقد قيل اذا لم يعرف اصل دينه غلب حكم الاسلام لانه يعلو ولا
يعلى واذا اصطلحوا فهل هو صلح على الحقيقة حكى جدي عن بعض اصحابنا فيه وجهين
احدهما انه صلح حقيقة والثاني انه يجري مجرى المعاداة ونحوها وان اصطلحوا
على قدر ما ادعى كل واحد واقل جاز او على اكثر فوجهان ان قلنا صلح حقيقة لم يجز
وان قلنا معاداة جاز انتهى **قال** ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني
فقال المسلم اسلمت بعد موته فالميراث بيننا وقال النصراني بل قبله فلا ميراث لك صدق
المسلم بيمينه **اي** لان الاصل استمراره على دينه فيحلف ويشترك في المال
وان اقام احدهما بينة قضي بها اذ لا معارض لها **قال** وان اقاماهما قدم
النصراني لما مع بينته من زيادة العلم والاخرى مستصحبة ولا فرق كما قاله في المحرر
وغيره بين كون هذا التنازع مع الاتفاق على تاريخ موت الاب او دونه **قال**
فلو اتفقا على اسلام الابن في رمضان وقال المسلم مات في شعبان وقال النصراني
في شوال صدق النصراني اي لان الاصل دوام الحياة ويقدم بينة المسلم على
بينته اي لانها تنقل من الحياة الى الموت في شعبان والاخرى مستصحبة للحياة
الى شوال مع الاولى زيادة علم قال الرافعي واعترض الامام على الاصحاب بان بينة
النصراني تثبت الحياة في شعبان لانها تشهد على الموت في شوال والموت انما يكون
عن حياة والحياة صفة ثابتة تشهد عليها كالموت فليحكم بتعارضهما وجريان اقوال
التعارض قال لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه الحالة بل يمكن ان يقال في
الحالتين السابقتين وقد قدمنا ان بينة المسلم تثبت النصرانية
في شعبان لانها تشهد على الاسلام في شوال والاسلام انما يكون عن الكفر فليحكم بالتعارض
والوجه ان نراعي كيفية الشهادة فان اطلقت البينتان فترجح التي تنقل ونفرض حدوث
شي على ما سبق وان شهدت بينة النصراني في الحالة التي نحن فيها بانهم عاينوه حيا
في شوال وشهدت بينة المسلم في الحالتين الاوليين بانهم كانوا يسمعون كلمة التنصر
منه الى انتصاف شوال مثلا فيتعارض البينتان انتهى وعبارة البسيط قال القاضي

الرافعي
شراد

والاصحاب سنة المسلم اولى لاشتمالها على زيادة معرفة بوقوع الموت في
شعبان اما كونه ميتا في شوال فهو مشترك في البينتين قال الامام وهذا ضعيف
لان بينته ان صرحت بانها رات حيا في شوال فهما متعارضتان لان الشهادة على
الحياة شهادة على اثبات لا نفي وهي زيادة وان اطلقت بانه مات في شوال فالمفهوم
منه انه مات عن حياة لا انه كان ميتا في شوال فلا وجه الا التعارض ثم يخرج
الاقوال الاربعة اذ يستحيل ان يحمل شهادة الموت في شوال على مجرد استصحاب
الموت انتهى وهذا حاصل النهاية وهو حق واقتصر الرافعي في شرحه الصغير على
نقل كلام الامام عنه وطرح بحثه في الكبير وكانه رجع الى موافقته **فرع**
مات مسلم وله ابنان اسلم احدهما قبل موت الاب بالاتفاق وقال الاخر اسلمت قبله
ايضا وقال المتفق على تقدم اسلامه بل اسلمت بعد موته قال الرافعي في الاحوال
الثلاث ان اقتصرا على ذلك واتفقا على ان الاب مات في رمضان وقال قديم الاسلام
اسلمت في شوال فقال بل في شعبان صدق قديم الاسلام بيمينه فيحلف انه لا يعلم ان
اخاه اسلم قبل موت ابيه فاذا حلف فله جميع الميراث وهكذا الحكم لو تنازعا مطلقا
من غير تعرض لتاريخ كما اقتضاه كلام الحاوي وغيره وان اقاما البينة قدمت بينة
الاخر وان اتفقا على ان الاخر اسلم في رمضان ثم قال قديم الاسلام مات ابونا في
شعبان وقال الاخر بل في شوال فالمصدق الاخر اذ الاصل بقا الحياة حتى يعلم
تقدم الموت ولو اقاما البينة قدمت بينة قديم الاسلام وفي هذا الفرع نظائر
كما لو مات حر عن ابنين احدهما متفق على حريته قبل موت ابيه واختلفا في ان الاخر
عتق قبل موته او بعده انتهى كلام الغزالي وفي صورة الفرع ذكر الغزالي في البسيط
وصاحب الذخاير وغيره اعتراض الامام السابق وكانهم راوا عدم الفرق بين الصورتين
○ ولو اتفقا على ان احدهما لم يزل مسلما وادعى الاخر ذلك فنازعه الاول وقال
كنت نصرانيا وانما اسلمت بعد موت الاب فالقول قوله انه لم يزل مسلما لان ظاهر الدار
تشهد له ولو قال كل واحد منهما لم ازل مسلما وكان صاحبي نصرانيا اسلم بعد موت
الاب فوجهان احدهما انه لا يصرف الى واحد منهما لان الاصل عدم الاستحقاق
واصحهما انه يحلف كل واحد منهما ويجعل المال بينهما لان ظاهر الدار تشهد لكل واحد

منها

منهما فيما يقوله في حق نفسه **قال** ولو مات عن ابوين كافرين
وابنين مسلمين فقال كل منهما مات على ديننا صدق الابوان باليمين لان تحكم الولد
معلوم بكفرهما فيستصحب الى ان يثبت خلافه وفي قول يتوقف حتى يتبين
او يصطلحوا اي لتساوي الجانبين بعد بلوغه في اسلامه وكفره هكذا حكى
الخلاف قولين عن ابن سريج جماعة ونسبهما في المهذب وغيره الى تخريجه وقال
وتبعه الرافعي وغيره الاول اشبه بقول العلماء وحكى القاضي الحسين الخلاف
عن المراوزة وجهين احدهما تصديق الابوين والثاني تصديق الابنين ونقل
الفوراني في الابانة الخلاف قولين هكذا عن ابن سريج وقال في العمد قال ابن
سريج فيه وجهان احدهما انه للابوين لانه في الاصل كان تابعا لهما والثاني للا
ان البالغ لا يكون تابعا لاحد انتهى فحصل ان الخلاف وجهين وكثيرا ما يقول
المتقدمون لابن سريج في المسئلة قولان والوجهان مبنيان كما قال القاضي الحسين
وغيره على ما اذا اجتمع الاصل والظاهر ايهما نغلب واجتمع في المسئلة بلا نزاع وجه
ثالث انه الوقف حتى ينكشف او يصطلحوا قال الامام وليقع فرض المسئلة اذا لم يسلم
الملمان كون الابوين كافرين اصليين اي وادعيا ردتهما كما قاله في البسيط
فان ذلك لو ثبت لم يكن شك في كفر الابن اولا في الاصل وانما ثبت اسلامه
طاريا بسبب او انشا اسلام واذا كان كذلك فيتنحى اصل الكفر اعلى اذا لم تكن
بينة وهذا اوضح انتهى لفظه **تنبيهات** **منها** قال في الروضة قلت الوقف   قوله صح
ارجح دليلا ولكن الاصح عند الاصحاب ان القول قول الابوين وانكروا على صاحب
التنبيه ترجيحه قول الابنين وصوطا هر الفساد انتهى وكانه قلد ابن يونس فانه
حكى عن لفظ التنبيه اصحهما ان القول قول الابنين واحسبه سهوا فان الذي
في توجيه ابن الخل لفظه الابوين وصوا علم بالتنبيه وكذا ذكره جمع من العراقيين
لكن بلا ترجيح وبالجملة فنسخ التنبيه مختلفة ورايت في اشراف الهروي بعد ذكر قولي
تصديق الابوين والوقف وحكى العراقيون قولا ثالثا ان القول قول الابنين
المسلمين وزعموا انه اصح انتهى ونقله في الكفاية عنه واظنه قلد بعض نسخ التنبيه
في ذلك وهذا يقع كثيرا للامام والغزالي وغيرهما بقول القايل قال العراقيون اورجح

العراقيون ويكون قول بعضهم ولكثر منهم اداكم على خلافه ونقول صاحب
البيان والذخاير قال الخراسانيون كذا ويكون وجها شاذا اورده الفوراني
اوغيره ومنها قال ابن الرفعة في المرشد ومما ذكرناه اذا كان الوالدان
بالغين ولم تكن امهما كافرة فاما ان كانا صغيرين وامهما كافرة وقامت بينة باسلامهما
ان ابوا الجدان بذلك فانه يحكم بانه مات مسلما وتكون الدعوى من الناظر في
مالهما انتهى لفظه وعبارة الانتصار لصاحب المرشد هذا اذا كان الوالدان
بالغين او لم تكن امهما مسلمة فاما ان كانا صغيرين الى اخر ما نقله عن المرشد بحروفه
فتامله ومنها لو انعكس الحال فكان الابوان مسلمين والابنان كافرين
فان لم يعلم للابوين كفر قبل الاسلام حكم باسلام ولدهما ولا يمين عليهما وكانا احق
بميراثه من ابنيه وان علم كفر الابوين قبل الاسلام قال الماوردي فيجوز ان يولد
قبل اسلامهما فيجري عليه حكم الكفر ويجوز ان يولد بعد اسلامهما فيكون مسلما
قبل البلوغ فان كان النزاع في زمان ولادته فادعى ابواه انه ولد بعد اسلامهما
وادعى ابناه انه ولد قبل اسلامهما فالقول قول الابوين مع ايمانهما لانا على يقين
من حدوث ولادته وعلى شك من تقدمها وان كان النزاع في وقت اسلام الابوين
فادعى ابواه انهما اسلما قبل ولادته وادعى ابناه انهما اسلما بعد ولادته فالقول
قول الابنين مع ايمانهما لان الاصل بقاؤهما على الكفر قال ولو شهدت
انه اعتق في مرضه اي مرض موته سالما والاخرى غانما وكل واحد ثلث ماله فان
اختلف تاريخ قدم الاسبق اي لمزيد السبق وان اتحد اقرع اي لعدم المزية وان
اطلقتا اي او احداهما قيل يقرع اي لاحتمال الترتيب والمعية وقيل في قول يعتق
من كل نصفه لانا لو اقرعنا لم نامن ان يخرج الرق على السابق ولحوق الحرية فرق
حر او بحرر رقيقا والخلاف طريقان وعبارة المحرر قيل يقرع وقيل قولان
الى قوله وقد رجح كلا منهما طايفة من الاصحاب قلت المذهب يعتق من
كل نصفه والله اعلم وهذا منه ظاهر في نقل طريقة قاطعة بما ذكر وانها المذهب وفيه
نظر يعرف مما نورده في بسط المسئلة فنقول وبالله التوفيق من الاصول المقررة
ان من اعتق في مرض موته عبدين كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب ولم يجز الورثة

عتقهما

عتقهما سحصل العتق في الاول وان اعتقهما معا اقرع بينهما للخبر الصحيح ولو
لم يعرف المعية ولا الترتيب اقرع بينهما ايضا ولو عرف سبق احدهما ولم
نعلم عين السابق فقولان احدهما يقرع كما لو اعتقهما معا لان معرفة السبق
من غير ان نعرف السابق لا تفيد شيا وثانيهما يعتق من كل نصفه لانا لا نامن
لو اقرعنا من ارقاق حر وتحرير رقيق وكما لو اوصى لزيد بثلث ماله ولعمرو
بثلثه ولم يجز الورثة يقسم بينهما نصفين وصحح المصنف في اصل الروضة
بان اظهر القولين انه يعتق من كل نصفه ولم ينقل الرافعي ذلك كما بينته في التنبيه
بل عزى ترجيح كل من القولين في الشرحين الى طايفة ثم قال تبعا للبغوي ولو
لو عرف من سبق اعتاقه بعينه ثم انتسيه فطريقان احدهما طرد القولين والثاني
وهو ما اورده التدخيني انه يعتق من كل واحد نصفه وهو الموافق لما صحح الظاهر
في مثل هذه الحالة من الجمعتين قلت وقال القاضي الحسين انه لا خلاف انا
اذا علمنا عين السابق ولكن نسيناه انه يعتق من كل منهما نصفه ولو علق عتق
عبدين بموته او اوصى بعتقهما ومات وكل واحد ثلثه اقرع سوآء وقع التعليقان
او الوصيتان معا ام مرتبا اذا عرف هذا عدنا الى بسط مسئلة الكتاب والحكم
فيما اذا اختلف تاريخ البينتين او اتحد ما سبق بالاتفاق وان اطلقا او احداهما
قال الرافعي ففي التهذيب انه يقرع ايضا لاحتمال الترتيب المعية وقال جماعة
منهم الامام والغزالي احتمال الترتيب اقرب واغلب من احتمال المعية والسابق
منهما غير معلوم واذا كان كذلك وتعارضت البينتان واطلقتا عرفنا ان احد
العتقين سابق وان لم نعرفه بعينه فيجي القولان في انه يقرع او يعتق من كل
نصفه انتهى وصور جماعة المسئلة بما اذا سبق عتق احدهما واشكل عينه
منهم الماوردي والفوراني وشبه القولين في العهد والابانة وغيرهما بمسئلة الجمعتين
والناكحين وقال ابن الرفعة اثر قول التنبيه ولم يعلم الاول منهما اي وتحقق
ان احدهما بعد الاخر ففيه قولان احدهما يعتق من كل نصفه وهذا نص
المختصر في باب الشهادة في الوصية ورجحه الروياني وغيره وقال البندنيجي انه ابا
اسحق وابن سريج قطعا به وثانيهما يقرع لامتناع الجمع بينهما وعدم المزية في احدهما

وكان الكمال حديه احدهما اولى من بعضها فيهما وهذا النصه في الام واختاره
المزني وآخرون ومنهم من قطع به وحمل نص المختصر على ما اذا شهدت بالوصية
بالعتق لا بتحرير ومنهم من اجرى القولين في التحرير والوصية ذكره القاضي
الحسين وغيره انتهى واستنصر القاضي ابو علي الفارقي لقول الاقراع وقال انه
الصحيح قال وقول الآخر يخرج سهم الرق على الغائب فيرق وهو حر ويعتق
الآخر وهو رقيق لا يصح لانه اذا اعتق من كل واحد نصفه فقد اعتق نصف
الرقيق وارق نصف الحر فما هرب منه وقع فيه فانه كما لا يجوز ان يرق جميع
الحر لا يجوز ان يرق بعضه وبل اولى من قيل ان في القسمة انه ارق نصف الحر
واعتق نصف العبد وان كنا لا نعلم عينه واذا اقرعنا لم يتيقن ان الرق خرج
على الحر والعتق خرج على العبد فكان هذا اولى ان يصار اليه ثم انه لا مل
يرجع اليه وهو اذا عجز الثلث عن عتقهما انتهى وتبعه صاحبه ابن ابي عصرون
قال ولو شهد اجنبيان انه اوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله ووارثان
حائزان انه رجع عن ذلك ووصى بعتق غانم وهو ثلث ماله ثبت لغانم فان كان
الوارثان فاسقين لم يثبت الرجوع فيعتق سالم ومن غانم ثلث ماله بعد سالم ◉
قال الرافعي رحمه الله لا فرق في شهود العتق والوصية بين كونهم اجانب او
وارثين الا ان الوارث قد يجر بشهادته نفعا الى نفسه فلا يقبل والا ان شهادة
الوارث قد تتضمن اقرار المشهود به فيؤاخذ بها فلو شهد اجنبيان انه اوصى بعتق
سالم وهو ثلث ماله وشهد وارثان انه رجع عن تلك الوصية واوصى بعتق غانم
وهو ثلث ماله ايضا قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الاولى وثبتت
بها الوصية الثانية لانهما اثبتا للرجوع عنه بدلا يساويه فاندفعت التهمة
ولا نظر الى تبديل الولاء وقد يكون الثاني اهدى الى الكسب وجمع المال فانه قد
لا ينفق اخذ شي بالولاء وبمجرد هذا الاحتمال لو اوجب رد الشهادة لما قبلت
شهادة قريب لقريب وعن ابي حنيفة ومالك انه لا يقبل شهادتهما على الرجوع
ويعتق العبدان معا **قلت** وما ذكر من قبول شهادة الوارث في الرجوع
هو ما نص عليه الشافعي في كتبه وجرى عليه الاصحاب قاطبة فيما اعلم وتوقف فيه بعض

الاكابر المتأخرين معتلا بان الاغراض تتعلق بالاعيان تعلقا قويا لا يمكن
انكاره فالتهمة متطرقة الى شهادة الوارث باتفاق الاول على ملكه نظرا
بينا وحينئذ ففي قبول شهادته بالرجوع عنه نظر وقد اشار الرافعي من بعد
ذلك وسيأتي ان شاء الله تعالى • ثم ما سبق اذا كان الوارثان عدلين فان
كانا فاسقين لم يثبت الرجوع بقولهما ويحكم بعتق سالم بشهادة الاجنبيين ويعتق
من غانم قدر ما يحتمله الباقي من المال بعد سالم وهو ثلثاه وكان سالما هلك او
غصب من التركة هذا ما اورده الرافعي وفي الحاوي الجزم ببطلان الوصية
بعتق من شهد له الوارثان وانه يرق جميعه ولا يلزمهما بالاقرار بعد رد شهادتهما
بالفسق ان يعتق من شهد له بالوصية لانه لا يستحق العتق بالوصية حتى
يعتق بعد الوصية وليس يلزم ان يعتق بالوصية الا ما احتمله الثلث وقد
استوعب الثلث بعتق من شهد له الاجنبيان فبطلت في غيره وان اقر
الوارثان انتهى ◉ **قال** الرافعي فان قال الوارثان اوصى بعتق غانم ولم
يتعرضا للرجوع عن وصية سالم فالحاكم كما مر فيما اذا كان رجال البينتين
كلهم اجانب فالظاهر الاقراع ويجري فيه الخلاف السابق وعبارة الروضة
عن هذا فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان اجانب والمذهب القرعة
وقيل قولان ثانيهما يعتق من كل عبد نصفه انتهى فافهم كلامه هذا ان
المذهب في المسئلة السابقة في شهادة الاجانب القرعة وقد قال فيها
في المنهاج ان المذهب انه يعتق من كل نصفه وادعى في اصل الروضة انه
الاظهر كما بيناه **اشارة** سمى الرافعي من شهد له الورثة سالما ومن شهد
له الاجنبيان غانما وعبارة المنهاج على الضد فجرينا عليها والحكم واحد فلا يتوهم
ان التغيير لا عن قصد او انه مضر **فروع** لو شهد اجنبيان انه نجز
عتق سالم وكل واحد منهما ثلث نظر ان كذب الوارثان الاجنبيين وقالا لم
يعتق غانما بل سالما عتقا معا احدهما بالشهادة والثاني باقرار الوارثين
فانه لم يكونا حائزين عتق منه حصتهما قال الرافعي واستدرك بعض المتأخرين
فقال قياس ما سبق ان لا يعتق من سالم الا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم ٤٦

وكان غانما غصب من التركة وهو جيد وان لم يكذباهما بل قالا اعتق سالما
ولا ندري هل اعتق غانما ام لا فان كان الوارثان عدلين فالحكم كما سبق
فيما لو كان شهودا لعتقين اجانب وان كانا فاسقين عتق غانم بالشهود واما
سالم فقال الشيخ ابو حامد وتابعه كثيرون يعتق منه نصفه اذ قلت يعتق من كل
واحد نصفه لو كانا عدلين قال ابن الصباغ هذا سهو وصوابه ان يعتق ثلثاه
وذكر وجهه بطريق الجبر وساق الرافعي كلامه ووافق (ن) قال الرافعي بعد ما سبق بان
عن عبارته وعبارة الروضة ولو كانت المسئلة بحالها ولكن غانما سدس المال فالوارثان
متهمان برد العتق من الثلث الى السدس فلا تقبل شهادتهما على الرجوع في
النصف الثاني لم سالم بدلا من الثاني الخلاف في تبعيض الشهادة فان قلنا
لا تبعض وبه اجاب الشافعي في هذه الصورة ردت شهادتهما فيه ايضا ويعتق
الاول بشهادة الاجنبيين والثاني باقرار الوارثين لاعترافهما باستحقاقه
العتق فان لم يكونا حائزين عتق منه بقدر ما يستحقانه وان قلنا تبعض عتق
نصف الاول وكل الثاني وقيل ان الرجوع المشهود به لا يتبعض فاذا لم يثبت
في البعض لا يثبت في الباقي وتبقى الشهادة على الوصية بعتق الثاني فيقرع
بينهما على ما مر قال الرافعي وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن في التركة وصية
اخرى فان كان قد اوصى بثلث ماله لانسان وقامت البينتان لغانم وسالم
هكذا قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن الوصية باعتاق سالم لانهم ردوا الزيادة
على الثلث فلا تهمة عليهم في الشهادة بالرجوع وان ثبت الرجوع بشهادتهم جعل
الثلث الا ما بين الموصى له بالثلث وبين عتق غانم فيعطى الموصى له ثلثي الثلث ويعتق
منه ثلثاه وهو ثلث الثلث هكذا ذكروه لكن رد الزائد على الثلث لا يوجب حرمان
بعض ارباب الوصايا بل يوزع عليهم الثلث وقبول شهادة الرجوع يوجب ارقاق
سالم وحرمانه عن التبرع وهو محل التهمة لتعلق الاغراض باعيان العبيد والاموال
بل قبول شهادة الرجوع من الورثة وان اثبتوا بدلا مساويا لا يصفو عن الاشكال
لانه قد يتعلق الغرض بانتفاء سالم وان كان غانما مثله في القيمة وان كان الوارثان
فاسقين عتق سالم بشهادة الاجنبيين وعتق غانم باقرارهما وهو دون ثلث الباقي

من

من المال بعد سالم انتهى ولو كان قيمة من شهد له الاجنبيان سدس المال
وقيمة من شهد له الوارثان ثلث المال فلا تقبل شهادتهما على الرجوع وعتق الثاني
فان كانا فاسقين عتق الاول وعتق ثلثا الباقي من المال بعد الاول وهو
خمسة اسداس الثاني وكان الاول غصب وهو اكثر في الغنية من فروع
العتق في هذا الموضع وتعارض بيناته وبينات الوصايا ان اجيب **فائدة**
شهدا انه اوصى بعتق غانم فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة وشهد اخران
انه اوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله ولم يجز الورثة الا الثلث قال في التهذيب
يقرع بينهما فان خرجت للاول رق الثاني ويغرم الراجعان قيمة الاول
للورثة وان خرجت للثاني عتق ورق الاول ولا غرم على الراجعين لانهما لم
يتلفاه اذا رققناه قال وعندي يعتق الثاني بلا قرعة وعلى الراجعين قيمة
الاول للورثة هكذا نقلاه عنه واقراه وحسب ظاهر انه لم يمنع منه وفاق
ورات في فتاوى القفال لو شهدا انه اعتق هذا وهو ثلث ماله فحكم بعتقه
ثم رجعا وغرما القيمة شهد اخران انه اعتق عبدا آخر يبلغ ثلث ماله قال القفال
اصلها ما لو شهدا انه اعتق عبدا في مرض موته قيمته الثلث وشهد اخران لآخر مثله
فهل يقرع او يعتق من كل نصفه وجهان ان اقرعنا فكذا هنا فان خرجت على
الثاني عتق ورق الاول وترد الغرامة على الشهود وان خرجت للاول
رق الثاني ولا ترد الغرامة وان اعتقنا من كل واحد نصفه رد على الشاهدين
نصف الغرامة انتهى **فصل في دعوى الميراث** من
ادعى وراثة ميت وطلب تركته او شيئا منها فليبين جهة الوراثة من بنوة او اخوة
وغيرهما على ما سنوضحه وعن السرخسي انه لا يكفي لطالب التركة ذكر الجهة على المذهب
على ما يعرض مع الجهة فيقول انا اخوه ووارثه واذا شهد عدلان خبيران باطن حال
الميت ان هذا ابنه لا يعرف له وارث سواه دفعت اليه التركة وان شهد لصاحب
فرض دفع اليه فرضه ولا يطالبان بضمين لانه كالقطع من الشهود وحكى الفوراني
انه لا بد هاهنا من ثلاثة شهود كما ذكر في شهادة الافلاس والمشهور الاول وما ذكره
الفوراني محكي عن تخريج [illegible] واحسبه قول ابن خزيمة ووافقه قليلون وهو شاذ

وسمه حدث حتى يقول او قال نشهد بلاثة من ذوي الحجى من قومه الحديث
قال الفوراني في العمد ولا تقبل هذه الشهادة الا من اهل الخبرة الباطنة ولا
تقبل من اجنبي وهكذا شهادة الاعدام وفي كل موضع كان نفي مجرد وهل
الشهادة على العلم لا على البت فان شهدوا على البت تقبل ولا يقدح ذلك في
عدالتهم وقال في الابانة يقول لا نعلم له وارثا غيره فان قالوا انه لا وارث له
سواه قيل لم يتهمون في مثل هذا فلا يقولون مثل ذلك في مثله ولا يقدح هذا
في شهادتهم انتهى قال الرافعي واذا لم تكن الشهود من اهل الخبرة او كانوا من
اهل الخبرة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فالمشهود له اما ان يكون له سهم
مقدر او لا يكون ان لم يكن له سهم مقدر فلا يعطى في الحال بل يفحص القاضي
عن حال الميت في البلاد التي سكنها او طرقها فيكتب اليها للاستكشاف او يأمر من
ينادي فيها الا ان فلانا اي بن فلان او الفلاني درج في سببه فمن كان
له وارث فليأت القاضي او ليبعث اليه فاذا تفحص مدة بحيث يغلب على الظن
في مثلها انه لو كان له وارث هناك لظهر ولم يظهر فحينئذ يدفع المال اليه ويكون
البحث والتفحص قائما مقام خبرة الشهود وفي امالي السرخسي حكاية قول انه لا
يدفع المال اليه بعد التفحص ايضا ويشترط قيام البينة على النسق الذي
سبق وفيه وجه انه يفرق بين ان يكون ممن لا يحجبه غيره كالابن فيدفع اليه
والظاهر عند الاكثرين الاول **قلت** وقضيته اطلاق الفوراني
وغيره انه لا تقبل هذه الشهادة الا من الخبير باطنه بالميت والله اعلم وهل يؤخذ
منه ضمين اذا دفع المال اليه ظاهر نص المختصر انه لا بد منه وقال في الام احب الي
ان يؤخذ منه ضمين فاختلفوا على طريقين اشهرهما على قولين احدهما لا بد من
التضمين واظهرهما المنع اكتفاء بالظاهر ثم هو مستحب والثانية نفي الخلاف واختلف
قائلوها فقطع فريق بنفي الوجوب وحملوا في المختصر على الاستحباب وحملها اخرون
على حالين فقيل حيث ذكر انه لا بد منه اراد من يحجب كالاخ وحيث ذكر الاستحباب
اراد الابن ومن لا يحجب وقيل الاول محمول على من ليس بثقة موسر والثاني على الثقة
الموسر وجعل الماوردي الفرق بين الثقة وغيره طريقة اخرى وقال الدارمي ان

كان

والفرق بين الموسر وغيره طريقة

كان اسا ونحوه فقيل احد الضمين وجهان وان كان عما او اخا ومن قد يرث
وقد لا يرث وجب وجها واحدا قال الاصحاب وان كان ممن له سهم مقدر فان
كان ممن لا يحجب دفع اليه اقل فرضه عائلا اي قبل البحث والتفحص فانه
مستيقن فان كان اما اعطيناها السدس عائلا وان كان زوجا فالربع عائلا
وان كان زوجة فربع الثمن عائلا ولم يعطوا ما زاد حتى يستكشف وقد اوضحت
ذلك في الغنية فان حضر مع الزوجة ابن اعطيت ربع الثمن غير عائل اذ لا عول
مع الابن ثم اذا بحث ولم يظهر غير المشهود له اعطي تمام حقه وقيل لا يعطى تمامه الا
ان تقوم بينة بخلاف الاخ فانه لم يعط شيئا بعد البحث صار محروما بالكلية والصحيح
الاول ولا يؤخذ تضمين للمتيقن وفي اخذه للزيادة الخلاف ٥ وان كان ممن
يحجب لم يعط شيئا قبل البحث وبعده يعطى على الصحيح وفيه الوجه المذكور فيمن لا سهم له
مقدر وهو ممن يحجب ٥ ولو قال الشهود هذا ابنه ولم يذكروا كونه وارثه اطلق
البغوي وابرهيم المروذي وغيرهما لا يحكم بشهادتهم لانه قد لا يرثه وعبارة المروذي
لو مات واحد فجاء اخر وقال انا ابنه لا يسمع ما لم يقل وارثه المسلم وجعل
العراقيون هذه الصورة كما لو لم تكن الشهود من اهل الخبرة الباطنة او كانوا
ولم يقولوا لا وارث له سواه قالوا ولا ينزع المال من يد من هو في يده بهذه الشهادات
ويدفع اليه بعد البحث المذكور وحكوا عن ابن سريج فيما اذا شهدوا بانه اخوه ولم
يذكروا الورثة انه لا يعطى شيئا بعد البحث لان الابن لا يحجبه غيره فقياسه موروثه
والاخ يحجبه غيره فمراسة قبل موروثه بمجردها واجاب الامام في الابن بما ذكره العراقيون
وحكى في الاخ وجهين فحصل فيهما وجهان **فروع** قال ابرهيم المروذي
لو جاء رجل وقال انا ابن عم الميت لم تسمع دعواه ما لم ان ابن عمه من قبل الاب
والام او من قبل الاب انتهى وذكر شريح الروياني انه لو شهدوا عند القاضي بان
هذا اخو الميت ولم يذكروا انه لابوين او لاب او لام او انه رجل ولم يذكروا انه
لاب او لام لم يقض القاضي به حتى يفسروه وكذا لو شهدوا انه مولى واطلقوا وانه
لو اقام بينة ان فلانا مات وترك هذا المدعي وارثا لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكروا انه
ابنه او اخوه حكي وجهان انه لا يحكم بالارث لانهم قد يورثونه من جهة لا يثبت بها الارث

قلت وهذا المعنى مفقود فيما اذا كانوا نفيهما موافقين للقاضي
في المذهب وانه لو شهدا ان فلانا القاضي قضى ان هذا وارث فلان لا وارث
له غيره ولم يذكروا الوجه الذي قضى به بل شهدوا شهادة مجملة لم ينقض الحكم ويحمل
على الصحة قلت وهذا صحيح في القاضي الاهل للقضاء وهو مرادهم وانه
لو شهدا انه ابن الميت او اخوه لابويه وشهد اخران انهما لا يعلمان له وارثا غيره
حكم له بالمال وانه لو اقام بينة ان هذه الدار ملك جده وحدوها واقام اخر
البينة انها كانت لجده وهو وارثه فالاول اولى لان قولهم وحدوها شهادة
بانها ملكه وقولهم انه وارثه لا يقتضي ذلك لجواز ان يكون وارثه ولا يرثها
وذكر في موضع اخر انهما لو شهدا على دار انها كانت لفلان جد هذا المدعي مات
وتركها ميراثا قال بعض اصحابنا قبلت البينة وحكم بها لجده ثم لا تدفع الا بعد تفصيل
المواريث وعدد الورثة وانه لو اقام بينة على ميراث رجل انه مات يوم كذا
فورثه وهو ابنه لا وارث له غيره واقامت امراة بينة انه تزوجها يوم كذا اليوم
بعد ذلك اليوم ثم مات بعده فانه يوخذ ببينة المراة لانها زادت مثبتة بعد
لا مرتفعة البينة الاولى وانه لو شهدا انه مات ثم شهد شاهدان على حيوته
بعد ذلك فشهادة الحياة اولى وقيل يتعارضان وانه لو اقام بينة ان هذه الدار
كانت لابيه الى ان مات ولم يقولوا مات وتركها ميراثا فوجهان احدهما لا يجعل
ميراثا ولا تسمع الشهادة الا ان يقولوا مات وتركها ميراثا وثانيهما يجعل ميراثا لان
الملك اذا ثبت الى الموت لم يبق بعده الا الارث انتهى وهذا اشبه ۞ وذكر
الشيخان في الفروع المنثورة انه لو قامت بينة على ان هذا ابنه لا يعرف له وارثا
سواه وبينة لاخر ان هذا ابنه لا يعرف له وارثا سواه ثبت نسبهما فلعل كل
واحدة اطلعت على ما لم يطلع عليه الاخرى انتهى وقس بهذه ما في معناه **فروع
منثورة وفوايد مهمة** من ابواب شتى اورد الرافعي بعضها وغيره بعضها
وربما وقع تكرار فيها فلا تمل من التطويل ان اردت الفايدة ۞ شهد اثنان انه
غصب كذا او سرقه غدوة واخران انه غصبه او سرقه عشية تعارضتا ولغتا بخلاف
ما لو شهد واحد هكذا واخر هكذا يحلف المدعي مع احدهما ويقضي له لان الشاهد

الواحد ليس بحجة حتى يعرض تعارض قلت وفي هذه وجه سياتي ولم لا
يقال لا تعارض في الاول لاحتمال استرجاع ما اخذه بكرة ثم غصبه او سرقه عشية
سيما اذا ادعى المالك ذلك عند اقامة البينة الثانية وكانت دعواه الاولى
مطلقة لم يذكر فيها زمن الاخذ وفي ادب القضاء لابن ابي الدم انه لو شهد شاهد
انه غصب دار فلان يوم الخميس وشهد اخر انه غصبها يوم الجمعة او شهد احدهما
انه غصب داره بالكوفة وشهد اخر انه غصب داره بالبصرة لم يثبت الغصب لانهما شهادة
على الفعل ولم يتفقا عليه وقال الداركي يثبت الغصب قال الشيخ ابو علي وهذا
غفلة منه رحمه الله انتهى ۞ ولو شهد واحد انه سرق منه مع طلوع الشمس كيسا ابيض
وشهد اخر انه سرق منه مع طلوع الشمس ذلك اليوم كيسا اسود قال الماوردي اختلف
اصحابنا هل يكون ذلك تعارضا يوجب سقوطهما كالبينتين الكاملتين على وجهين
احدهما نعم فليس له ان يحلف مع واحد منهما والثاني وهو قول ابي حامد الاسفرايني
لا تعارض لانه يكون في البينة الكاملة لا الناقصة فعلى هذا لو كان الاختلاف
في السرقة المعينة في زمانين حلف مع ايهما شاء واستحق كيسا واحدا وان كان
الاختلاف في الزمن المعين في سرقتين كان له ان يحلف مع كل واحد منهما ويأخذ
كيسين ۞ شهدا انه سرق منه كيسا غدوة وشهد اخران انه سرق منه كيسا عشية
ثبت له كيسان فلو شهد واحد انه سرق منه كيسا وشهد اخر انه سرق منه كيسين
ثبت له كيس واحد بشهادتهما ويحلف مع الاخر ويستحق كيسا ثانيا ذكره القاضي
ابو الطيب قال ونص الشافعي على مثل هذا فقال لو شهد له رجل على رجل بالف
درهم وشهد له اخران بالف وخمسماية ثبت له الف بشهادتهما ويحلف مع شاهد الباقي
ويستحق خمسماية قال ابن ابي الدم وهكذا ذكره الشيخ ابو علي وفيهما خلاف لكنه قال هذا
اذا اطلقا او اضافا الى جهة واحدة فاما اذا اضافا الى جهتين فهما شهادتان
مختلفتان فلا يثبت واحد منهما بل له ان يحلف مع كل واحد منهما وله ان يحلف
مع ايهما شاء انتهى ۞ شهد شاهد على اتلاف ثوب قيمته ربع دينار واخر على اتلاف
ذلك الثوب بعينه وقال قيمته ثمن دينار ثبت الاقل وللمدعي ان يحلف مع الاخر
كذا جزم به الرافعي وفي النهاية في اخر باب الشهادة على الوصية انه لو شهد للمدعي

شاهدان المدعى عليه انه اخذ منه ثوبا قيمته دينار وشهد آخر انه اخذ
منه ذلك الثوب وقيمته نصف دينار فاراد المدعى ان يحلف مع شاهد الدينار
هل له ان يحلف ويثبت بشاهد ويمين فيه وجهان في التقريب احدهما بلى كما لو شهد
احدهما انه اخذ منه دينار او شهد آخر انه اخذ منه نصف دينار فان له ان يحلف
مع شاهد الدينار ويأخذ كاملا والثاني لا لان الشاهدين اختلفا في القيمة
واتفقا على ثوب واحد وتناقض قولهما فضعفت شهادة الشاهد بالدينار فلم يصلح
لمعونة حجة المدعى بخلاف الصورة المستشهد بها فانه لا تعارض فيها وفي الحاوي
انه لو شهد واحد ان قيمة الثوب المسروق ربع دينار والآخر ان قيمته سدس
دينار فقد اتفقا على السدس وفي الزيادة وجهان احدهما يسقط قول من اثبتها
بقول من نفاها ويمنع المدعى ان يحلف مع الشاهد بها كما لو اثبتها شاهدان ونفاها
شاهدان والثاني لا يسقط قول من اثبتها بذلك وللمدعى ان يحلف مع شاهدها
به ويستحقها انتهى وهذا متفرع على ان القيمة تثبت بشاهد وامرأتين او بشاهد
ويمين كما حكاه الدبيلي عن ابي اسحق ورجحه وان قلنا لا تثبت بذلك كما نقله عن
ابن ابي هريرة فلا يحلف قطعا قال ابن ابي الدم واختلف الاصحاب هل القيمة
وصف قائم بالعين او هي ما ينتهي اليه رغبات الراغبين في ابتياعها به في ذلك
الوقت والاظهر الثاني انتهى وانه لو شهد واحد انه باعه هذا العبد بألف
وشهد آخر انه باعه اياه في ذلك الزمن بألفين ففي تعارضهما وجهان كما مضى ثانيهما
لا ويحلف المدعى مع شاهد الالفين **فرع** ذكر الرافعي انه لو
شهد اثنان على اتلاف ثوب قيمته ربع دينار وشهد آخران على انه اتلف ذلك الثوب
وقيمته ثمن دينار ثبت الاقل لانه المتفق عليه وتعارضا في الزيادة وحكى شريح
الروياني الاخذ بالاقل عن ابي اسحق ثم قال وقيل يؤخذ بالاكثر وفي
كتاب السرقة من شرح كفاية الصيمري انه يغرم اوفر القيمتين وقيل اقلهما
قلت وهو المشهور قال الروياني خلافا لابي حنيفة ثم قال الامام في باب
الشهادة على الحدود ان هذا الحكم فيما لو اتفقوا على الصفات وصرحوا بانه لم يسرق
واحد بمعرفة صفة لم يدركها الآخر وردوا النزاع الى القيمة نفسها فلا يجب عندنا

قيمته

الا الاقل حملا على براءة الذمة **فرع** قال الرافعي ولو شهد اثنان
وزن الذهب الذي اتلفه دينار واخران على ان وزنه نصف دينار وثبت الدينار
لان مع الشاهدين زيادة علم بخلاف الشهادة على القيمة فان مدركها الاجتهاد
وقد يخفى شاهد القليل على عينه انتهى وادعى القاضي الحسين والبغوي
الاتفاق على ذلك وفي التعارض احتمال ظاهر لان قطع البينة بان وزنه نصف دينار
لا يكون الا عن احاطة بوزنه ومعاينة وذلك يتضمن تكذيب الاخرى فيما يظهر
فاذا اقام المدعى بينة ان زنته دينار واقام المدعى عليه بينة انها كانت نصف
دينار فالتعارض ظاهر مع صحة براءة الذمة وقياس ما ذكروه انه لو اقام بينة
بعدد لمعدود او ذرع المذروع موصوف فعارضه المدعى عليه ببينة
شاهدة بانه انقص من ذلك كنصفه مثلا انه يؤخذ ببينة المدعى ولا يجيء
في هذا ان كان الفرض في معارضة المدعى عليه لبينة المدعى

فصل في تلفيق الشهادات واختلاف الشهود

وقد اهمله المصنف وهو من المهمات وقد ذكرنا منه طرفا قريبا ونزيده بيانا
فنقول اذا شهد شاهد انه قتل زيدا غدوة وآخر انه قتله عشية او انه
قتله يوم الخميس وآخر انه قتله يوم الجمعة او انه قتله بالكوفة وشهد آخر انه
قتله بالبصرة مثلا فلا تلفيق وكذلك حكم القذف اما لو شهد شاهد انه
اقر غدوة انه قتل زيدا او قذفه وشهد آخر انه اقر عشية بذلك او انه اقر به
يوم الخميس وشهد الآخر انه اقر به يوم الجمعة جمع بينهما وثبت القتل والقذف
لان اختلاف تاريخ الاقرار لا يوجب اختلاف المقر به بخلاف اختلاف وقت
الفعل ومثل هذا لو شهد واحد انه اقر غدوة انه سرق كبشا وآخر انه اقر
عشية انه سرقه تلفقتا وثبت القطع والمال ولو شهد شاهد انه اقر انه قتله
يوم الخميس وشهد آخر انه اقر انه قتله يوم الجمعة ففي الحكم بشهادتهما وتلفيقهما
وجهان ذكرهما الاصطخري ومثل ذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالعربية
انه قذف فلانا بالعربية وشهد آخر انه اقر عنده انه قذفه بالفارسية تلفقتا
وثبت القذف فلو شهد احدهما انه اقر انه قذفه بالفارسية ففي الحكم بهذه الشهادة

الوجهان هذا ما ذكره الشيخ ابو علي وقال الماوردي اذا شهد احدهما
انه قذفه بالعربية وقال الآخر قذفه بالفارسية لم تلفق الشهادتان ان
كانت على سماع القذف وان كانت على اقراره انه اقر عند احدهما انه قذفه
بالعربية واقر عند الآخر انه قذفه بالفارسية ذكر الاصطخري وجهين احدهما
انهما تلفقان لان تمام الشهادة بواحد منهما والثاني ان الشهادة كاملة قال الماوردي
ولا احد للفرق بينهما وجها وقال الامام اذا شهد انه قذفه بالعربية وشهد
آخر انه قذفه بالعجمية او انه قذفه يوم السبت وآخر انه قذفه يوم الاحد لم يلفقا
ولو شهد واحد انه اقر بالعربية انه قذفه وشهد آخر انه اقر بالعجمية انه قذفه
لفقا ولو شهد واحد انه طلق يوم السبت طلقة وآخر انه طلق يوم الاحد
طلقة لم يلفقا نص عليه الشافعي وقال اذا شهد واحد على اقراره بالغصب
يوم السبت والتاريخ للاقرار لا للغصب وشهد آخر على اقراره بالغصب يوم احد
والتاريخ للاقرار لا للغصب قال الشافعي ثبت المقر به وقال صاحب التقريب
من اصحابنا من جعل هاتين المسألتين على قولين وفي الطلاق قال الامام اما
الخلاف في الاقرار فمعتد جدا من جهة النقل ولكنه متجه في القياس واما الخلاف
في الطلاق ففي نهاية البعد نقلا وتعليلا ونقل الرافعي ذلك عن رواية الامام
في كتاب الطلاق قال ويجري التخريج على ضعفه في ساير الانشاآت وفي الافعال
كالقتل والقبض وغيرهما والمذهب الاول حتى لو شهد احدهما انه قذف يوم
السبت بالعربية والآخر انه قذف يوم الاحد بالعجمية لم يثبت بذلك شيء ولو شهد
احدهما على اقراره انه يوم السبت قذفه او قذفه بالعربية والآخر على اقراره انه
يوم الاحد قذفه او قذفه بالعجمية لم يلفق ايضا لان المقر به شيئان مختلفان
هذا ما في الروضة هناك وقال الامام بعد هذا اما مسألة ما اذا شهد واحد انه
اقر انه قذفه بالعربية وشهد الآخر انه اقر انه قذفه بالعجمية فقد حكينا ان الاصحاب
قالوا يلفق الشهادتان وهو مشكل جدا لان المقر به مختلف كما لو شهد واحد
انه قذفه بالعربية وآخر انه قذفه بالعجمية لم يلفق وحكى القاضي الحسين ما حكيناه
عن الاصحاب ثم قال في قلبي غصص من هذه المسألة والوجه انه لا يثبت القذف

ولا يلفق الشهادتان قال الامام والامر على ما ذكره وكان شيخي لا يحكي
الا ما ارتضاه القاضي ويقطع به فيقطع بان القذف لا يثبت هكذا اورد
ذلك ابن ابي الدم **نوع آخر** شهد شاهد انه غصب منه هذا او آخر انه
اقر بغصبه او شهد احدهما انه ملك المدعي والآخر ان المدعى عليه اقر له بالملك
لم يلفق فيهما وذكر ابن الرفعة ان الامام حكى في كتاب الاقرار وجها انه يلفق
في الثانية وهو بعيد فان صح فيظهر طرده في الاول ولو شهد احدهما انه طلق
زوجته والآخر انه اقر بطلاقها او انه قبل عقد نكاح فلانة والآخر انه اقر بقبوله
او واحد بالبيع والآخر بالاقرار به او انه سمح وآخر انه اقر به او انه وكله وآخر
انه اقر انه وكله لم يلفقا والضابط ان يشهد احدهما بعقد او انشاء والآخر
باقرار وانما يلفق اذا اتفقا على ذكر عقد او ذكر اقرار ٥ وفي الاشراف انه لو شهد
واحد انه اقر يوم السبت بدين وشهد آخر انه اقر يوم الاحد به جمع بين الشهادتين
لان الاخبار يتكرر مع اتحاد المخبر عنه وللمزني تخريج لا يحكى وفي نسخة لا يتفق انتهى
وهذا غريب **فرع** في فتاوي القفال لو شهد واحد بالبيع وآخر بالاقرار
به لم يقبل فلو رجع شاهد الاقرار وشهد بالبيع قبل لانه يجوز ان يحضر الامرين
اذ ليس فيه تكذيب لنفسه وكذا لو رجع شاهد البيع الى الاقرار قبل سواء كان في
ذلك المجلس او مجلس آخر **قلت** ولا خفا ان ما ذكره ياتي في ساير العقود
وان موضعه اذا لم يكن الادا الاول اقتضى انه انما تحمل كذلك لا غير واكثر العامة
لا يفرق بين التحمل على العقد او على الاقرار به فينبغي للحاكم ان يستفسر الراجع
المودي عكس ما اداه اولا ليظهر له الصواب ويزول الارتياب **فرع**
شهد واحد انه جعل فلانا وكيلا له في هذه الخصومة وشهد آخر انه جعله وصيا له
في هذه الخصومة في حياته او قال احدهما وكله بقبض هذا المال وقال الآخر
سلطه على قبضه قال ابن القاص تخريجا ان كانت شهادتهما على الاقرار تثبت الوكالة
او على العقد لم تثبت وقال الهروي اذا شهد واحد انه قال انت وكيلي في كذا
وشهد آخر انه قال انت وصيي في حال الحياة صححنا الوكالة بهذا اللفظ
على المذهب الظاهر لم يلفق الشهادتان لاختلاف اللفظين فان شهد احدهما

انه قال وكيلك بكذا والآخر انه اذن له في التصرف فيه لفق بينهما لان
احدهما نقل للفظ والآخر شهد بالمعنى وكذا اذا شهد احدهما انه وكله بكذا
وشهد الآخر انه سلطه عليه او فوض اليه ذلك لان النقل بالمعنى كالنقل
على اللفظ ولو شهد احدهما انه قال وكلتك بكذا وشهد الآخر انه قال فوضته
اليك قال الرافعي لم تثبت ○ ولو شهد احدهما انه وكله بالبيع والآخر انه وكله
بالبيع وقبض الثمن ثبت البيع قال ابو سعد الهروي فان شهد واحد انه وكله ببيع
هذا العبد وشهد آخر انه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر انه وكله ببيعه مع فلان
لم يجمع بينهما وان شهد واحد بانه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر انه وكله ببيع هذا
العبد وجاريته معه جمع بين الشهادتين في بيع العبد هكذا ذكره العبادي قال
ابو سعد وهذه المسألة غريبة ولعله اعتمد في الفرق على جواز بيع العبد في صفقة
عن بيع الجارية بخلاف الوكيلين في البيع فانه يشترط اجتماعهما على البيع لان رأي
الاثنين اشد من رأي الواحد لكن جرت عادة التجار بضم الامتعة الخسيسة
الى النفيسة في الصفقة الواحدة واذا قال بع هذا العبد مع هذه الجارية فان
قال اردت بيعهما في صفقة فعل ما اراد وان قال لم ارده بل اردت بكلمة مع
ان يكون العبد مبيعا كما الجارية تبيعه فعلى ما اراد والمفرق بين الصفقة والصفقتين
وان لم يرد شيئا بل اطلق فظاهر ما حكاه العبادي انه لا فرق بين الصفقة الواحدة
والصفقتين ووجهه ان اجرا الكلام على العموم اولى اذ فيه تكثير الفائدة وقد اشير
الى احتمال وجه آخر انه يشترط جمعهما في صفقة واحدة لان الظاهر من كلمة مع الضم
والجمع ولان عادة التجار ضم الخسيس الى النفيس في عقد واحد لان الردي
لو انفرد عن الجيد لم يرغب فيه على الانفراد انتهى وما قاله حسن ○ لو شهد واحد
انه جعله وكيلا في الخصومة عند قاضي الكوفة وآخر انه جعله فيها عند قاضي البصرة
لم تثبت الوكالة خلافا لابي حنيفة قاله ابن سريج **فرع** ادعى الفا فشهد
واحد على اقرار له بالف وآخر ان له عليه الفا وقد قضاه سقطت شهادته للتناقض
فيحلف مع الاول ويستحق قال ابن الرفعة ويجي فيه وجه آخر ان في البحر انه لو شهد
اثنان ان زيدا وكل عمرا في كذا ولكن نعلم رجوعه عن وكالته قال الصيمري فيه جوابان

احدهما

احدهما لا تسمع الشهادة والثاني تسمع بالوكالة فان ادعى مدعي الرجوع فجدد
تسمع شهادتهم وحكى الامام انه لو شهد احدهما انه اقر له بالف وقال الآخر انه
اقر له بالف لكن قضاه فوجهان ذكرهما الصيدلاني وغيره احدهما ان الحكم كذلك
والثاني ان الالف تثبت بالشاهدين فان اراد الخصم ان يسقط الالف عن
نفسه فليحلف مع الشاهد بالقضا ولو ادعى الفا فشهد شاهد انه اقر له بالف
وآخر انه اقر له بالف ولكن قضاه خمسمائة والمدعي ينكر القبض فوجهان المذهب
منهما في تعليق القاضي الحسين ثبوت خمسمائة كما لو شهد احدهما بالف والثاني بالف
وخمسمائة والثاني لا تثبت شي لانهما لم يتفقا على ما يدعيه هكذا اورده ابن الرفعة
وذكر الرافعي هذه الصور فقال ادعى عليه دينا وشهد به شاهدان لكن ذكر
احدهما موصولا بشهادته انه قضاه او ان المستحق ابراه فشهادته باطلة للتضاد
وان ذكر مفصولا عن الشهادة فان كان بعد الحكم لم يؤثر وللمدعى عليه ان يحلف
معه على القضا او الابرا وان كان قبل الحكم سئل متى قضاه فان قال قبل
ان شهدت فكذلك الجواب عند ابن القاص وذكر فيما اذا شهدا على اقراره
بالدين ثم عاد احدهما وقال انه قضاه او ابراه المستحق بعد ان شهدت ان
شهادته لا تبطل بل يقضي بالدين ويؤخذ الآن يحلف المدعى عليه مع شاهد
القضا او الابرا والفرق ان هناك شهد على نفس الحق والقضا والابرا
ينافيانه فبطلت الشهادة وعن ابي زيد وجه ان شهادته على نفس الحق
لا تبطل والظاهر الفرق ويقرب من هذا الخلاف فيما اذا ادعى عليه الفا
فشهد له بالف مؤجل ولكن قال احدهما قضى منه خمسمائة ففي وجه لا تصح شهادتهما
الا في خمسمائة نعم للمدعي ان يحلف للخمسمائة الاخرى مع الشاهد الآخر وفي وجه تصح
شهادتهما على الالف وللمدعى عليه ان يحلف مع شاهد القضا وذكر الفوراني وجها
آخر انه لا تثبت بشهادتهما شي لانهما لم يتفقا على ما ادعاه ويقرب من الخلاف قولان
لابن سريج فيما اذا شهد اثنان ان فلانا وكل فلانا ثم عاد احدهما وقال انه عزله
بعد ان شهدت ففي قول تبطل شهادته وفي قول قد تمت شهادة الوكالة فيعمل
بها والعزل لا يثبت بواحد انتهى **قلت** واحسن قد ثبت في هذا الفرع

كلاما آخر ووقع في الروضة خلل هنا يدرك بالمراجعة ولم يذكروا رد الشهادة
بالمبادرة بالاداء او الابتداء على اداي كما ذكره فيما لو شهد باكثر من المدعي
انه يصير مجروحا بذلك واذا قلنا لا يصير فالظاهر انه لا بد من دعوى
المدعي عليه ذلك واعادة الشاهد الشهادة بالقضاء المذكور او الابتداء لا كما
توهمه الاطلاق السابق من انه يحلف معه من غير اعادة الشهادة وذكرت في
التنبيه فروعا غير هذه يطول ذكرها **فصل** ادعى عبدا في يد رجل
واقام بينة انه ولد امته لم يقض له به فقد يلد قبل ان يملكها فان شهدت
انه ولد امته ولد في ملكه نص الشافعي رضي الله عنه انه يقضى له بهذه البينة قال
الرافعي لكنها تشهد بملك سابق وهو الملك يوم الولادة وقد سبق ان البينة
على انه كان ملكه لا يقضى بها في اصح القولين وخرج ابن سريج قولا هنا ايضا وامتنع
سائر الاصحاب منه وفرقوا بان النماء تابع للاصل فاذا تعرضت البينة لملك
الاصل يبعد النماء في الملك الاثر انه اذا قامت البينة على ملك الشيء منذ سنة باخذ
المدعي مع زوائده في السنة وهناك الشهادة على الاصل فاغنى التعرض للملك في الحال
قال لكن في صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الاصل في الحال وادخلت
الملك وليس قولهم ولدته في ملكه اثبات ملك الاصل في الحال انتهى **قلت**
وايضا فالظاهر ان المراد بقولهم ولدته في ملكه انه ملكه وحينئذ فكيف يجعل
تابعا وهو الحق المدعي المشهود به وان اريد ان الام ولدته وهي في ملكه من غير تعرض
لملكه هو فقيه وقفة ايضا من جهة انه لا يلزم من ذلك ان يكون هو ملكا له
لجواز انعقاده حرا من وطء شبهة او ان مورثه اوصى به حال احبابه وان اريد
انهم شهدوا بانها ولدته على ملكه فهذا واضح لا يحتمل التخريج لكن اللفظ محتمل وليس فيه
تنصيص على ذلك كذا امر بالي فتامله قال الرافعي ولو شهدوا ان هذه الثمرة
من ملكه وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه ولا يكفي ان يقولوا هذا الثمرة
نتاجه او ثمرة شجرته ولو شهدوا ان هذا الغزل من قطنه او الفرخ من بيضه او
الدقيق من حنطته او الخبز من دقيقه كفى لان ذلك عين ملكه تغيرت صفته بخلاف
ولد الجارية وثمرة الشجرة انتهى وقال شريح بعد ذكر صورة الغزل عن النص وقال بعض

اصحابنا معه ايضا قولان وحكى ذلك عن ابن سريج وكذا لو شهدوا ان
هذا الزرع من بذر فلان لشيء وقال بعد نقله الطريقين السابقين
عن ابن سريج والجمهور وقيل يرد الى يده في الدار والنماء جميعا ويحكم بهما واشار
بذلك الى نقل طريقة قاطعة فيما خرج منه ابن سريج الى هذه المسئلة وانهما
سواء وفي الحاوي بعد ذكر النص في القطن والغزل وهكذا القول في
نظائره كهذا الدقيق من حنطته وهذه الدراهم او الدنانير من ذهبه وفضته
وهذه النخلة من نواته وهذا الزرع من بذره كانت شهادة له بملك ذلك
سواء كان بيد صاحب اليد او بغير يده خلافا لابي حنيفة ثم لو شهدوا ان هذا
الزرع من ضيعته لم تكن شهادة له بملك الزرع لانه يجوز ان يكون زرع ارضه
بغيره وهذا مما اتفقنا نحن وابو حنيفة عليه فان قيل انتكون هذه
شهادة له باليد على الزرع نظر انهم لم يقولوا فيها وهو على ملكه لمن يكون شهادة
باليد لجواز زرعه فيها وحصاده قبل ملكه وان قالوا زرع وحصد في ملكه
كانت شهادة له بيد متقدمة فيكون عند البويطي وابن سريج على قولين كالشهادة
بالملك القديم والذي عليه عامة اصحابنا انه لا يحكم له باليد قولا واحدا ولا يحلف
المدعي عليه بل القول قول ذي اليد بيمينه فان اقام صاحب الارض بينة باداء
خراجه او بدفع عشره لم يملكه لانه قد ينوب في ادائه عن مالكه انتهى فلا يكون ذلك
مرجحا لجانبه **فرع** قال الماوردي اذا كان في يد كل واحد جارية
فادعى كل واحد منهما ان التي بيد صاحبه بنت امته التي بيده ولدت في ملكه
واقام بينة بذلك مع احتمال ان يكون كل واحد بنتا للاخرى تعارضت البينتان
في الولادة دون الملك فيحكم لكل واحد منهما ببينته ويعطى الجارية التي بيد خصمه
ثم لو ادعى كل منهما انه يملك الجارية التي بيده والتي بيد صاحبه وانها بنت التي
بيده واقاما البينتين على ذلك تعارضتا في الولادة والملك جميعا فتاتي اقوال
التعارض فان زال الاشتباه في سن الجاريتين بان يكون صغيرتين احداهما
وكبر الاخرى تعين كذب احدى البينتين في الولادة فردت شهادتهما وحكم
بشهادة الاخرى في الولادة والملك وزال به حكم التعارض انتهى

فروع سبق عن روضة شريح والاشراف الهروي انه لو
اقام بينة على مجهول انه عبده فاقام المجهول انه حر قال اصحابنا بينة الحرية اولى
وقال الشيخ ابو حامد بينة الرق اولى وبه جزم البغوي وغيره وجرى عليه الرافعي
لان معها زيادة علم وهو اثبات الرق وعندي يجب استفسارها سيما اذا
كانت عمره ٥ افتى ابن الصلاح ان بينة السفه حالة الاقرار والتصرف مقدمة
على بينة الرشد حينئذ قلت ويشبه ان يقال ان علم تقدم سفهه قدمت
بينة الرشد لانها ناقلة بخلاف ما لو علم رشده من قبل فيكون مستصحبه فيقدم
عليها بينة السفه لما ذكرناه وان جهل حاله فيما سلف فبينة السفه اولى كما تقدم
الجارحة على المعدلة والله اعلم وانه لو تكرر منا اعسار وملاء كلما شهدت
احداهما جاءت الاخرى في الحال فشهدت انه على الضد مما شهدت به الاولى
فانه يعمل بالمتاخر منهما وان تكررت ما لم يظهر من تكررها ريبة ولا تكاد بينته
الاعسار تخلو عن الريبة اذا تكررت لان قبولها منحصر الجهة في تقرير اثباتها طرا
الاعسار بعد الملاءة لانه على تقدير معارضتها بينة الملاءة المنافية في وقت واحد
لا تقبل لترجح بينة الملاءة حينئذ وليس هذا كبينة الملاءة فانها مقبولة على التقدم
ومعمول بها وان كان ما تشهد به ملاءة مستمرة من غير تجدد وطران وعند هذا فاذا
تكررت بينة الاعسار فقد ادعت تعاقب ملاءة واعسارات وذلك بعيد ولا تكاد
تنفك عن الريبة انتهى وهو كلام مظلم ٥ في فتاوى القاضي الحسين انه لو اقام
بينة انه اقر له بكذا يوم الجمعة غرة شهر رمضان سنة كذا فاقام المدعى عليه بينة
على جنونه في ذلك الوقت فبينته اولى لان عندها زيادة علم وهو حدوث
الجنون وفي فتاوى البغوي انه لو شهدا على اقرار زيد لعمرو بمال في مكان كذا
في يوم كذا وهو صحيح العقل وشهد آخران ان زيدا كان مجنونا في ذلك اليوم وافراط
كان في جنونه قال ان لم يعرف له جنون سابق فبينة الجنون اولى لان معها
زيادة علم وان كان يجن احيانا ويفيق احيانا وعرف ذلك منه فالبينتان متعارضتان
وفي فتاوى القفال انها لو شهدا انه وهب هذا من فلان يوم كذا وهو صحيح وشهد
آخران انه وهب يومئذ وهو مريض مرض الموت فبينة المرض اولى ٥ سبق انه لو وهب

واقبض

واقبض ثم مات فادعى الوارث كون ذلك في المرض وقال المتهب بل في الصحة
قال المصنف فالمختار ان القول قول المتهب وقال الماوردي القول قول
الوارث بيمينه لان الاصل عدم اللزوم والظاهر انهما لو اقاما البينة قدمت
بينة الوارث لزيادة علمها وفي فتاوى القفال انه لو وهب عبدا في مرضه ثم
مات فقال الوارث مات من ذلك المرض فقال المتهب بل اندمل ثم مرض بعد ذلك
ثم مات قال القفال ينظر فان كان المرض الذي يمات اعليه مخوف فالقول قول
الوارث وان كان غير مخوف فالقول قول المتهب انتهى فايدة افتى
المصنف وغيره من معاصريه من الشافعية وغيرهم بان بينة المرض مقدمة كما
اجاب به القفال وغيره وخطاهم الشيخ تاج الدين الفزاري واعتل بان اصل
اصحابنا تقتضي تقدم بينة الصحة لان الغالب على الناس الصحة فعند تعارض
الشاهدين تقدم البينة التي جاءت على وفق الاصل وغالب الحال فقيل له هلا
قدمت بينة المرض كبينة الجرح فقال اصل اصحابنا ان البينة التي شهدت بما
يقتضيه الظاهر يقدم ولهذا قدمت بينة الداخل على الخارج عندنا وانما قدمت
بينة الجرح لانها مفسرة والعدالة امر مظنون والشاهد على السبب مقدمة
على الشهادة المطلقة واما بينة المرض والصحة فهما بينتان يشهدان على سبب كل
واحد منهما يرجع الى حال مشاهدة فعند التعارض تقدم التي يشاهدها الظاهر
انتهى والمنقول ومقتضى كلام الاصحاب الاول لان مع بينة المرض زيادة علم
والظاهر ان بينة الصحة مستصحبة والناقلة مقدمة عليها واذا راجعت ما قدمناه
هنا في الغيبة من الباب علمت ان الصواب المنطبق على كلام الاصحاب ما افتى به
المصنف وموافقوه فصل ملخص من اشراف الهروي على طوله
ادعى ابفا الدين واقام شاهدا على ان رب الدين استوفاه منه واخر على انه ابراه
منه لم يلفق بينهما وكذا لو شهد الثاني انه وهب الدين منه او تصدق بالدين
عليه او شهد واحد انه استوفاه منه وآخر انه اقر باستيفائه منه ٥ وان شهد واحد
ان رب المال استوفاه منه وآخر ان الغريم برئ منه اليه اي برئ من الدين الى
رب الدين قال العبادي يجمع بينهما لانه اضاف البراءة الى الغريم كانه عبارة

عن فعل الايفاء والاقباض الاترى انه لو قال رب الدين برئ الغريم منه
الي فهو اقرار بالقبض واختلاف العبارتين لا يمنع التلفيق كما لو شهد واحد
انه قبضه وآخر انه استوفاه او تسلمه فان شهد انه استوفاه وشهد آخر انه ابراه
منه وقال اردت به العبارة عن الاستيفاء اي ابراه بفعل الاستيفاء يلفق بين
الشهادتين وان قال اردت به الاسقاط القولي فلا يلفق وان اطلق اطلاقا
فمطلقه في العرف الاسقاط فلا يلفق ۞ ولو ادعى الغريم الايفاء وشهد اثنان
على وقوع البراءة ولم يتعرضا للابراء ولا للقبض قال العبادي قبلت الشهادة لانه لما
ادعى الايفاء فقد ادعى البراءة فكانه ادعى شيئين فشهدا له باحدهما كمن ادعى الفا وخمسمائة
فشهدا بالف قال ابو سعد يجب ان لا تقبل هذه الشهادة لمعنيين احدهما
ان اسباب البراءة مختلف فيها بين العلماء وكذلك الفاظ الابراء وشرايطه فربما
جرى سبب لو عرض على القاضي لم ير موقعا للبراءة والشاهد اعتقد موقعها فهو كما
لو شهد على استحقاق الشفعة من غير بيان سبب الاستحقاق والثاني ان احد
الشاهدين ربما عرف الابراء والثاني الاستيفاء ولو افصحا بالامر لم يجمع بين شهادتيهما
فعدلا عن التصريح بالسبب ليجمع بين شهادتيهما قال وذكر المصنف يعني ابا عاصم العبادي
انه لو شهد شاهد على الاستيفاء وآخر على البراءة ترتيب وحكم بالتلفيق وذكر في التعليل
انهما فعلان ثم ذكر انه لو شهد شاهد على الاقرار بالاستيفاء وشاهد على البراءة
لا يجمع بينهما لانهما قول وفعل قال ابو سعد ليس هذا من القول المكتوب بل احدى
الصورتين تشهد شاهد على وقوع الابراء من الغريم وآخر بانه برئ منه اليه اي برئ
من الدين لا رب المال وهو عبارة عن الايفاء ايضا والصورة الثانية تشهد شاهد
على الاستيفاء والثاني على وقوع البراءة ووقوع البراءة امر من الامور او معنى من المعاني
فسماه فعلا على معنى انه ليس بقول ولفق بين الشهادتين لاجتماعهما في المعنى لانه صحح
الشهادة على وقوع البراءة وانا لا اصحح ذلك على ما سبق واما اذا شهد شاهد على الاقرار
بالاستيفاء وشاهد على ان الغريم برئ منه اليه لم يلفق لان احد الامرين فعل
للاقباض والثاني اقرار القابض بالقبض وهو قول وان شهد احدهما على الاقرار
بالقبض والآخر على وقوع البراءة فعلى ما اخترت ان الشهادة على وقوع البراءة لا تصح

وعلى

وعلى ما اختاره المصنف يصح الا انه لا يلفق لان احدهما قول والآخر
معنى ليس بقول ۞ وان ادعى الابراء فشهد شاهدان على الهبة او التصدق
جاز لان هبة الدين للمديون ابراء ولذلك لو استعمل فيه لفظ التصدق وعند ابي
حنيفة لا يصح لانه كالمكذب لشهوده ووافقه بعض اصحابنا ولكن خالفه في العلة
وقال الابراء بلفظ التصدق لا يصح في احد المذهبين وهذا القايل لا يصحح التوكيل
بلفظ الوصاية المقيد بحال الحياة واصل هذا الاختلاف ان العقود تعتبر
بالفاظها او معانيها وان ادعى وقوع البراءة فشهد اثنان باستيفاء الدين او
بالاقرار باستيفائه صحت الشهادة عندنا هكذا ذكره الشيخ يعني العبادي لان
الاستيفاء يتضمن وقوع البراءة وعند ابي حنيفة لا يسمع هذه الشهادة الا ان يكون دعوى
البراءة مقيدة بالاستيفاء قال ابو سعد يشبه ان يكون الصحيح هذا المذهب لان الدعوى
المجهولة لا تسمع فاذا ادعى وقوع البراءة فيمكن ان يقال تتقيد بالسبب فانها تقع مرة
بالابراء ومرة بالاستيفاء ويمكن ان يقال ينبغي سماع هذه الدعوى مطلقا غرار الغرور ومنهي
عنه قال ومن نص ما ذكره المصنف نقول قد عبر عن المراد وفي تعريف المدعى يتساهل
ولا سائغ ۞ ذكر المصنف انه لو شهد احدهما بالهبة والثاني بالصدقة لم يجمع قال
ابو سعد صورته اذا نقل الشاهدان لفظي العقدين بان قال احدهما اشهد
انه قال وهبت الدين منك وقال الثاني اشهد انه قال تصدقت به عليك فان لم
يتعرضا لنقل صيغة العقد برمتها فينبغي ان يلفق بين الشهادتين ۞ ثم قال يعني
العبادي شهد شاهد على عتق عبده وشاهد على هبة المولى نفسه منه وقبوله لم يجمع
وفي هبة وابراء الدين يجمع والفرق من وجوه مضت في كتاب الفروق قال ابو
سعد ان نقل كل واحد عين لفظه لا يجمع في المسئلتين ثم قال ادعى الكفيل استيفاء المكفول
له الدين منه فشهد شاهدان بالبراءة قبلت شهادتهما ولا يرجع اي على المكفول
عنه بالدين وهذا صحيح فان ادعى اي الكفيل هبته يعني ان المكفول له وهب منه
الدين فشهد شاهد بالهبة وشاهد بالابراء صحت الشهادة وهل يرجع فيه
وجهان قال ابو سعد وانا لا اعرف لهذه المسئلة معنى ولا وجها الا ان يخرج
مخرج وجهين في ان الابراء هل يقاس على الاستيفاء في اثبات حق الرجوع ام لا من

جهة ان المبرا ممنون عليه بالابرا **قلت** وهذا بعيد والوجه
عدم الرجوع قطعًا **فصل** في حكم يد المتداعيين غير ما تقدم اذا
اختلف الزوجان في متاع البيت فان كان لاحدهما بينة قضي وان لم يكن بينة
ثم اختص احدهما باليد عليه حسا او حكما بان كان في ملكه فالقول قوله مع يمينه
وما كان في يدهما حسا او كان في البيت الذي يسكنانه فليحلف كل واحد منهما يحلف
الآخر فيه فان حلفا جعل بينهما وان حلف احدهما فقط قضي للحالف ولا فرق
بين كون الاختلاف في دوام الزوجية او بعد الفراق ولا بين ان يحلفاهما او
احدهما ووارثه الآخر ولا بين ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة او للزوجة
كالحلي والغزل اولهما هكذا ذكر الشيخان وقولهما بان كان في ملكه خدمته ان
كل ما كان هو احق بمنفعته باعارة او اجارة او وقف او وصية حكمه حكم
ما يكون في ملكه واعلم ان المتبادر من قولهما او حكما بان كان في ملكه وقولهما من
بعد وما كان في يدهما حسا او كان في البيت الذي يسكنانه انهما لو سكنا في بيت
واحد من دار كبيرة هي ملك لاحدهما ونحوه ان ما عدا ما في البيت المسكون منها من
بيوتها وصفقها يكون اليد فيه لمالك الدار منهما فقط وعبارة غيرهما تفهم خلافه
قال المحاملي في المجموع اذا اختلفا في متاع البيت الذي يسكنانه الى ان قال فان لم
يكن مع احدهما بينة قضي بذلك لهما نصفين ويحلف كل واحد منهما لصاحبه
لان يد كل واحد منهما ثابتة على نصف ما في الدار قال وسواء كانت الدار ملكا للزوج
اولها او مكتراه وعبارة الحاوي اذا كانا في دار يسكنانها اما ملكا لاحدهما
اولهما او لغيرهما فاختلفا في متاعها الذي فيها من آلة وبسط وفرش ودراهم
ودنانير الى ان قال فهما مشتركان في اليد حكما فيحلف كل واحد منهما على نصفه
المسألة والظاهر ان مراد الشيخين بالبيت ما ذكر غيرهما وانما عبر كثيرون بالبيت
تبعا لنص المختصر الاتي قول صاحب الكافي بعد ان ذكر نحو لفظ الشيخين
وسواء كان المتاع في يدهما حسا او مشاهدا او حكما بان كان في الدار وهما يسكنانها
كما لو تنازعا في الدار التي يسكنانها يجعل في يدهما حكما وذكر الشيخ ابرهيم المروذي
في تعليقه نحو ما سبق عن الشيخين في الزوجين وهكذا الاخ والاخت تنازعا في متاع

البيت

البيت الذي يسكنانه وكذلك الاجنبي والاجنبية او الطفل والبالغ
يسكنان دارا واحدة فما فيها لهما بحكم اليد انتهى والظاهر ان ما اطلقوه
في متاع الدار محله ما اذا كان نسبته الى يدهما الحكمية على حد سوى اما
لو كان في بعض بيوتها ونحوها متاع محرز ومفاتيح الخزن واقفاله بيد مالك
البيت ونحوه دون صاحبه فاليد على ما فيه لمالكه ونحوه دون الاخر
فتامله **واعلم** ان قضية اطلاقهم انه لا فرق بين الساكنين
الكاملين والناقصين او احدهما ويقوم ولي الناقص بصغر او جنون
في دعوى اليد مقامه وفي النفس منه شيء وهل الحكم كذلك لو كانا رقيقين
او احدهما ويكون اليد للسيدين او احدهما مع الحر فيه نظر والتنازع في
دعه المسكن كهو في المتاع وجميع ما سبق فيما اذا انفرد المسكن اما لو كان
بساكنيها والد كبير وبيده مشاركة لهما في متاع البيت ونحوه فسيذكر من
بعد **فرع** من الحاوي لو تنازعا دابة في اصطبل احدهما واليد بينهما
عليها فان كان في الاصطبل دواب لغير مالكه استويا في اليد عليها لان التصرف
في الاصطبل قد صار مشتركا وان لم يكن فيه غير دواب صاحبه كانت اليد
لصاحبه خاصة لتصرفه باليد فيه انتهى وفيما ذكره وقفة ظاهرة فانه صح
الحق به صور كثيرة واقرب الى الفرق بينه وبين ما لو تنازع الزوجان متاعا
في بيت في الدار منفرد عن مسكنهما فيها والدار لاحدهما وقد سوى الماوردي
وغيره بين تنازع الزوجين في متاع الدار وبين تنازع الاخ والاخت فيه
وقد يفتقر بان الساكني مع المالك تدل على المشاركة في اليد فينبغي ان يكون
صورة الفرع فيما اذا لم يعرف للمتنازع في الدابة سكني في الاصطبل اصلا بخلاف
تنازع الساكنين وبذلك يحصل الفرق ويقاس لذلك ما في معناه **فروع منثورة**
قال في الام لو تداعيا مسناه بين ارض احدهما ونهر الآخر جعلت
بينهما لان لكل واحد منهما عليها يدا واتصال بالملك ينتفع بها منا كل ملكه
الذي يجاوره كما في السقف يتداعاه صاحب السفل وصاحب السفل
فانه يكون بينهما نص عليه في كتاب الصلح قال الشيخ في التحرير والمسناه حقيقة يجعل

في جانب النهر يمنعه من الارض وهي بضم الميم وفتح السين المهملة وتشديد النون وعن تعليق البندنيجي في كتاب المساقاة ان المسناة الاخواص التي يجمع فيها الماء تحت النخل قلت ولفظ مجموع المحاملي يقتضي انها بنا حايل بين الارض والنهر كما تقدمت قال قال في الام واذا كان لرجل نهر ما الى جانبه ارض لآخر وبينهما مسناة فقال صاحب النهر هي لي سيما لتجمع الما في النهر ويكثر وقال صاحب الارض بل انا سيما لتمنع الما عن الدخول الى ارضي فانهما يتحالفان ويجعل بينهما الى اخر ما تقدم وما ذكره قضيته كلام الروضة واصلها ويوافقه قول الماوردي في البيوع واذا ثبت ان البنا والشجر يدخل في البيع فكذلك كل ما كان في الارض متصلا بها من مسنياتها سوآ كانت حجارا او اجرا او ترابا ٥ قال في الام لو تداعيا عمامة في يد احدهما قدر ذراع منها وباقيها في يد الاخر فهي بينهما نصفين لانها في يدهما كما لو تنازعا دارا احدهما جالس في صدرها والاخر في صحنها او دهليزها قال الماوردي وهكذا لو كان احدهما على سطحها والاخر في سفلها كانا عندنا في اليد سوآ سوآ كان السطح محجرا او مسنما ام لا ٥ قال الماوردي لو تنازعا في ظرف وبيد احدهما عليه وبيد الاخر على المتاع اختص كل واحد باليد على ما في يده ولا يكون اليد على الظرف مشاركة لليد على المتاع ولا بالعكس لانفصال احدهما عن الاخر ولجواز ان يكون المتاع لواحد والظرف لاخر قال ولو تنازعا عبدا وبيد احدهما على ثوبه وبيد الاخر على العبد كانت اليد على العبد يدا على الثوب والعبد لان يد العبد على الثوب اقوى فصارت اليد على العبد اقوى ولا يكون للاخر يدا على الثوب ولا العبد لان للعبد يدا على الثوب وتصرفا والممسك للثوب يدا من غير تصرف قلت وسبق في الغصب في الكلام على ثياب العبد المغصوب ما ينازع فيما ذكره ٥ وسبق ان الاصح ان القول قول راكب الدابة دون قايدها خلافا لابي اسحق وصور المذهب فيما لو كان احدهما راكبها والاخر سايقها ولو اجتمع راكب وقايد وسايق فاوجه سبقت المذهب ان اليد للراكب وادعى بعضهم عند اخذ احدهما بلجام الدابة ان مذهب الشافعي يقتضي ان يكون هو والراكب فيها سوآ

وطرد الامام الوجهين فيهما فيما لو تنازعا ثوبا احدهما لابسه والاخر متعلق به يجاذبه وفيه نظر وكلام الحاوي يقتضي الجزم بان القول قول اللابس وهو الصحيح لكمال يده وتصرفه والا لاتخذ الغاصب ذلك ذريعة الى الاشتراك في اليد ويكون اليد للابس جزم به الروياني مع ذكر الخلاف في الراكب والقايد ٥ لو كان قطار من الابل مشدود بعضه الى بعض وعلى البعير الاول منها راكب وعلى البعير المتوسط راكب وعلى البعير الاخير راكب وادعى كل واحد الجميع قال شريح في روضته فالبعير الاول في يد الاول وفي غيره ثلاثة اوجه حكاها جدي احدها ان الجميع في يد الاول والثاني ان الجميع في يده سوى الوسط والاخير فان كل واحد منهما في يد راكبه والثالث ان البعير الاول الى الاوسط في يد الاول والاوسط الى الاخير بيد راكب الاوسط والاخير في يد راكبه وان لم يكن بعضها مشدودا ببعض فبيد كل واحد على ما هو راكبه وما عداه فليس في يد احد قلت وكان المراد انها ليست بيد واحد من الثلاثة لمفرده اما لو نازعهم فيها اجنبي لم يكن معهم فالظاهر انهم اصحاب يد عليها بمفردهم ثم يتنازعون فيما بينهم وانه لو كان على الدابة راكبان احدهما في السرج والاخر رديفه فتداعياها فهي بينهما نصفان لانها في يدهما وقيل اليد للراكب على السرج قال جدي والاول اقيس وانه لو كان قطيع غنم يمشي قدامها رجل معها ويمشي خلفها رجل معها فاليد لهما ولو كان الاخر يسوق والاخر يمشي قدامها فهل اليد للسايق او لهما وجهان فلو كان الماشي قدامها يقود شاة بحبل والاغنام تتبعها فعلى وجهين احدهما تثبت يده عليها كلها والثاني يده على التي يقودها دون غيرها انتهى ٥ في الحاوي لو تنازعا سفينة احدهما ممسك برباطها والاخر ممسك بخشبها كانت اليد له لان الخشب من السفينة والرباط ليس منها ولو كان احدهما راكبها فاليد للراكب لان له تصرفا ليس للممسك انتهى ٥ سبق عن البحر انهما لو تنازعا عرصة جدار هو لاحدهما ان العرصة لصاحب الجدار هكذا ذكره جماعة اصحابنا وحكى الماوردي وجها انهما سوآ وانهما لو تنازعا الجدار ولا ترجيح لاحدهما ثم قامت بينة لاحدهما به كانت العرصة تبعا له على الاصح وانه لو تنازع الدابة الحامل بكسر الحاء

والمهملة عمرو فهي لصاحب الحمل فلو كان للغير عليها ركوبه فالذي يجي
على المذهب انها بينهما ولو تنازعا عبدا عليه قميص لاحدهما لم نترجح بالقميص
انتهى ۞ قال البغوي لو تنازعا جارية او دابة حاملا واتفقا على ان
الحمل لاحدهما فهي لصاحب الحمل انتهى وعبارة الرافعي عن نصه في الام تنازعا
ارضا ولاحدهما فيها زرع او بنا او غراس فهي في يده او دابة او جارية حاملا والحمل
لاحدهما بالاتفاق فهي في يده او دارا لاحدهما فيها متاع فهي في يده فان لم
يكن الا ثوب لا يحل في يد الا ذلك البيت هكذا ذكره **قلت** وسبق
ذكر خلاف في مسئلة الارض واما حمل الامة والدابة فان كانت في يدهما او
غيرهما فقريب اما لو كانت بيد زيد فادعاها عمرو فاقر له زيد بحملها فادعاها
عمرو فالظاهر تصديق زيد بيمينه على انه ما اذا كانت في يدهما معا وفقه ولينا كل ما
ذكر في مسئلة المتاع في الدار مع ما سبق في اختلاف الزوجين وغيرهما **فصل**
اورد الرافعي هنا جملا مما جمع من فتاوي القفال وغيره انه اذا
صارت الضيعة معلومة بثلاث حدود جاز الاقتصار على ذكرها قال وهنا خلاف
ما سبق من الخلاف ابن القاص لكن لو ذكر الشهود الحدود الاربعة واخطاوا في
واحد لا تصح شهادتهم وتركه الذكر حد من الخطا لانهم اذا اخطاوا لم تكن بتلك الحدود
ضيعة في يد المدعى عليه قلت وقد يوهم جواز تركهم التحديد مع الغيبة عن الضيعة
المجهولة الحدود وليس مرادا وقد بيناه فيما سبق **وانه** اذا غلط المدعي فقال
المدعى عليه لا يلزمني دا هذه الصفة كان صادقا ولو كلف كان ناسيا وان لم ينكر
وقال لا امنعه الدار التي يدعيها اسقط دعوى المدعي وان ذهب الى الدار التي
في يده ليدخلها فله ان يمنعه ظاهرا ويقول هي غير ما ادعيت واما عند الاصابة
في الحدود اذا قال لا امنعك منها لم يكن له المنع فان قال ظننت انه غلط في الحدود
لم يقبل انما قلت لا امنعك منها لانها لم تكن في يدي يومئذ ثم صارت ملكي قبل منه
وكان له المنع اذا حلف عليه اي اذا حلف انها لم تكن في يده حين قال له لا امنعك
فاذا حلف فعليه البينة قاله القفال ۞ ولو انه ادعى عليه ثوبا او عبدا في يده فقال
لا امنعك منه لم يسقط بهذا دعواه بل يقال سلمه اليه لانه سلك الحدود متعينين

لا يحلف بخبره **وان** دعوى العبد على سيده الاذن في التجارة لا يسمع ان
لم يشتر ولم يبع شيا وان اشترى ثوبا وجا البايع يطلب الثمن من كسبه فانكر السيد
الاذن فللبايع ان يحلفه على نفي الاذن فاذا حلف فللعبد ان يحلفه مرة
اخرى ليسقط الثمن عن ذمته وان باع العبد شيا وقبض الثمن وهلك في
يده وجا المشتري يطلب تلك العين فقال السيد لم آذن له في البيع حلفه
فان حلف حكم ببطلان البيع وللعبد تحليفه لاسقاط الثمن عن ذمته **قلت**
لفظ الفتاوي وان اشترى ثوبا بالف درهم فجا البايع يطالبه بالالف
وكان في يده كسب وانكر السيد نظر ان ادعى البايع على السيد انك اذنت له
في التجارة وانما استوفى الثمن من مكاسبه فانكر السيد فان حلف فذاك ويكون
الثمن في ذمة العبد والسيد احق بمكاسبه ويملك الثوب نزع البايع ان
الشري صح الا ان يفسخ البيع بافلاسه ويسترد الثوب وان لم يفسخ فللعبد ان
يحلف السيد بعد ما حلفه البايع انه لم ياذن له ليسقط الثمن عن ذمته فلو
طلب البايع في الابتدا يمين السيد فلم يحلف ونكل عن اليمين فللبايع ان يحلف
وياخذ الثمن من مكاسبه التي في يده ثم ذكر صورة البيع نحو ما سلف ثم قال فاما اذا
كان قد باع ولم يستوف الثمن فاحال رجلا بالثمن وادعى المشتري على السيد الاذن
فانكر وحلف فليس للعبد ان يحلف المولى ثم قال ودين التجارة يتعلق بالكسب على
ظاهر المذهب وفيه وجه انه لا يتعلق به انتهى **وانه** لو ادعى القاضي على غيره واقام
شاهدا واراد ان يحلف معه واقام المدعى عليه شاهدا بان المدعي اقر انه عليه له ان
يحلف مع شاهده واذا حلف سقط دعوى المدعي **قلت** كذا قاله القفال وقال
انه لو اقام عليه بينة بالف درهم فاقام المدعى عليه بينة بان المدعي اقر ان تلك
الالف من مال التركة لم يكن ذلك دافعا لبينة المدعي لاحتمال انه كان من مال
التركة الا انه صار متعديا فيه فيضمنه فلذلك لم يكن دفعا لبينة المدعي انتهى وليس
هذا بواضح **وانه** لو اقام بينة على اقرار ان لفلان عليه الف درهم من جهة الشركة
بينه وبينه فقال المدعى عليه رددت الف درهم اليه قال القفال يقبل قوله في النصف
الذي للمدعي لان النصف هو الذي مضمون عليه لان احد النصفين مرض عنده

انتهى لفظ الفناوي واته يجوز للمالك ان يدعى على الغاصب وعلى
الغاصب من الغاصب فان ادعى على الاول انه يلزمه رد الثوب بصفة
كذا او قيمته كذا فليس للغاصب ان يحلف انه لا يلزمه لانه ان قدر على الانتزاع
والرد والا فعليه القيمة قلت هذا هو الصواب وما في النسخ الصحيحة
بالشرح ورايته في الفناوي بمعناه ووقع في نسخ من الرافعي فليس على الغاصب
ان يحلف ويجب عليه في الروضة نعم نوزع القفال في سماع الدعوى المردودة كما
سبق وذلك شيء اخر والله اعلم ٥ وانهم لو شهدوا على ان هذه الدار اشتراها المدعي
من فلان وهو يملكها ولم يقولوا انها الان ملك المدعي ففي قبول هذه الشهادة
قولان كما لو شهدوا انها كانت ملكه بالامس قال الرافعي والمفهوم من كلام الاكثرين
انها مقبولة كافية قلت فيه نظر ولعل اطلاقهم منزل على ما اذا دلت الشهادة
على ملكية المدعي لما ادعاه في الحال والا فمطلق الشهادة بالانتقال اليه من زيد
وهو يملكه ليس فيه تعرض لملكية المدعي الان لما ادعاه وانما دل على انه دخل في ملكه
في زمن ماض فهو في معنى قولهم كانت العين ملكه امس وفي فتاوي القاضي الحسين
انهم لو شهدوا ان هذه الدار كانت ملكا لفلان الى ان مات وخلفها ميراثا لابنه
هذا ولم يقولوا انها الان ملك هذا الابن لا يحكم بشهادتهم وحكم هذا حكم ما لو
قال الشاهد هذه الدار كانت لفلان امس لا تقبل في الجديد انتهى ولعله لا لعدم
مما سبق ما يعضد ذلك وقد اطلق القفال في مواضع انه لو اقام بينة انه اشترى كذا
من زيد سنة كذا او كان ملكه الى الان باعه انه يصح ولم يذكر اشتراط التعرض لملك
المدعي الان واطلاقه منزل على ما قبله هنا ولا يصح الفرق بين قولهم اشتراها من
زيد او ورثها منه منذ سنة مثلا وبين قولهم كانت ملكه امس ٥ قال القفال وانما
يصح للشهود ان يشهدوا انه اشترى هذه الدار من فلان وهو يملكها اذا كانوا
شهدوا ذلك في يد فلان منذ سنين كثيرة بحيث لو ارادوا الشهادة على اثبات
الملك لفلان لو نوزع فيه لقدروا على قولهم هو ملكه انتهى وفي اعتبار سنين كثيرة
وقفة ولعل المراد مدة طويلة يغلب على الظن الملكية لا ما اقتضاه ظاهر لفظه
من السنين الكثيرة واته لو ادعى على انسان حق القصاص لقتل نسيبه او كان

عند

عند الحاكم انه لا قصاص بذلك فجاء رجل وروى خبرا عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه يوجب القصاص واقتص الحاكم منه ثم رجع الراوي وقال
كذبت وتعمدت لم يقتص منه بخلاف الشهادة لان الرواية لا تختص بالواقعة
انتهى وحكى الرافعي هذا قبيل كتاب الديات عن القفال وعن فتاوي البغوي
انه ينبغي ان يجب القصاص وذكرنا ذلك في مسائل الرجوع عن الشهادة وهو
محتمل ولا اخفاء ان الكلام في الحاكم المجتهد الاهل لذلك وكان قد وفى المسئلة حقها
من النظر واته اذا ادعى دارا في يد رجل واقام بينة انه اشتراها منه واقام
ذو اليد بينة انه وهبها منه ولم يعرضا لتاريخ تعارضتا قال الرافعي ولهذا
الاختلاف اثر عند ظهور الاستحقاق واذا وجد عيبا واراد ردها قلت
المراد ان ذا اليد اقام بينة بانه هو رهنها مجانا من مدعي الشراء لكن في سماع
بينته وجعلها معارضة قبل الحاجة اليها كما اطلقه القفال نظر نعم انما يحتج اليها
عند ظهور استحقاق وغيره كما نبه عليه الرافعي فظاهر وفي بعض نسخ الرافعي بعد
قوله وهبها منه فان ارخت البينتان حكم بالاخر وان اطلقتا فمتعارضتان
وكذا هو في فتاوي القفال والله اعلم واته اذا ادعى دارا في يد انسان واقام
بينة انها ملكه وجاء اخر يدعيها واقام بينة انه اشتراها من فلان رجل اخر يوم كذا
ولم يقولوا انه كان يملكها يومئذ لكن اقام بينة اخرى انه كان يملكها يومئذ سمعت
هاتان البينتان وصارتا كبينة واحدة فيحصل التعارض بينها وبين بينة المدعي
الاول واته اذا ادعى دارا واقام بينة على انها ملكه وانتزعها من يد المدعى
عليه وجاء اخر بعد مدة طويلة او يسيرة يدعيها واقام بينة على انه اشتراها من
المدعى عليه الذي كانت في يده وكان يملكها يومئذ يقضي بالدار للمدعي وكان كما لو
اقام ذو اليد بينة قبل الانتزاع منه واته اذا ادعى اثنان دارا في يد ثالث
واقام احدهما بينة انه اشتراها من المدعي الاول فان قامت بينة الثاني بعد
القضاء للمدعي الاول ببينته فيقضي للثاني على الاول ولا يشترط ان يقول
شهود اشتراها من الاول وهي ملكه وان قامت قبل القضاء للاول فان قالوا اشتراها
منه وهو يملكها انتزعت الدار من يد صاحب اليد وقضي بها للثاني وان لم يتعرضوا لذلك

انها ملكه ثم اقام الثالث بينة

ولا نقضي بها للثاني ما لم نقض للاول بالملك ولكن نسمع بينة الثاني على
الاول وان لم نقض له قال الرافعي وهذه المسألة قد حكيناها من قبل وهذا
التفصيل كالشرح والايضاح لما مر وانه لو كان في يد زيد دار فادعى انسان انه
اشتراها من ثالث بعد ما اشتراها الثالث من صاحب اليد وانكر صاحب اليد فله
ان يقيم بينة على الشعين وله ان يقيم على هذا بينة وعلى هذا بينة ولا باس بما يتفق
من التقديم والتاخير انتهى وهذا وما تقدمه لخصه الرافعي واختصره من فتاوى
القفال وقد اطال القفال رحمه الله الكلام في هذه الصور وغيرها وبسطه
في عدة اوراق وانه اذا اراد الشهود اقامة الشهادة على شرى دار قد
تبدلت حدودها في يوم الشرى فيشهدون انه اشترى دارا منذ عشر سنين من
فلان وهو يملكها وكان يومئذ بينهن احد حدودها الى كذا والثاني الى كذا
ثم على المدعي ان يقيم بينة على بقيته بتبدل تلك الحدود فيشهد الشهود بان الدار
التي كانت في يد فلان قد انتقلت الى فلان والتي كانت في يد فلان قد انتقلت الى
يد فلان حتى يقضي له قلت وكان هذا فيما اذا لم يمكن الشهود بشخص المحدود اما
لو امكن ذلك بحضور الحاكم او نائبه في ذلك فلا حاجة الى بينة ثانية بالانتقال
المذكور وقد لا يجدها وانه اذا ادعى دارا في يد غيره واقام بينة على انها ملكه
فقال القاضي عرفت هذه الدار ملكا لفلان وقد مات وانتقلت الى وارثه فاقم
بينة على تمليكه منه فله ذلك وتندفع بينته قال الرافعي رحمه الله وليكن هذا جوابا على
انه يقضي بعلمه قلت المتبادر انه من باب قولنا لا يقضي بخلاف علمه لا من
باب قضائه بعلمه والله اعلم وانه لو باع دارا ثم قامت بينة الحسبة ان ابا البايع
قد وقفها وهو يملكها على ابنه البايع وبعده على اولاده ثم على المساكين انتزعت الدار
من المشتري ويرجع بالثمن على البايع والغلة الحاصلة في حياة البايع تصرف الى
البايع ان اكذب نفسه وصدق الشهود وان اصر على انكار الوقف لم يصرف اليه
بل توقف فاذا مات اي مصرا على الانكار كما صرح به القفال صرفت الى اقرب الناس
الى الواقف ولو ادعى البايع انه وقف لم تسمع بينته قال الرافعي والتقييد بالبينة
تشعر بانه تسمع دعواه وله ان يحلف الخصم وذكر العراقيون انه تسمع بينته ايضا اذا لم يصرح بانه

مالكه بل اقتصر على البيع وفي التتمة للروياني انه لو باع شيئا ثم قال بعته
وانا لا املكه والآن ملكته بالارث من فلان فان قال حين باع انه ملكه لم
تسمع دعواه ولا بينته وان لم يقل ذلك بل اقتصر على قوله بعتك سمعت دعواه وان
لم يكن له بينة حلف المشتري انه باعه وهو يملكه قال وقد نص رضي الله عنه عليه في الام
وغلط من قال غيره وكذلك لو ادعى ان المبيع وقف عليه انتهى قلت وهذه
مسألة مهمة يعم بها البلوى في كثير من الابواب وكلام الشيخين وغيرهما مختلف فيها
كما اشرت اليه في باب المرابحة وغيره من الغنية وسياتي عن العبادي انه لو قال كنت
جاهلا بالوقف انه تسمع دعواه ويحلف واعلم ان ما ذكره القفال من انتزاع الدار
بمجرد قيام البينة بالوقف على ما ذكر من غير تعرض لقبوله الوقف او قبول الاب
عنه لصغره ان كان مفرعا على ما سبق انه المختار وظاهر النصوص من ان الوقف
على معين لا يشترط فيه القبول فظاهر وان كان القفال ممن يرى القبول كما رجحه
الامام وتبعه الشيخان وغيرهما ففيه نظر اذ لا يلزم الوقف بمجرد قول الاب ما سبق
ما لم يثبت قبول الابن او القبول له وقصر كما لو قامت بينة بانه اوجب بيعها لزيد
ولم تتعرض لقبول زيد الشرى فتامله وقد نقلت صورا من فتاوى القفال لم
يذكرها الرافعي منها انه لو باع حمارا الى اجل فلما انقضى ترافعا الى الحاكم فانكر
الشرى ورد الحمار وحلف فليس للبايع ان يطالبه بالكرى لانه قد اقر بان
الحمار ملكه بالبيع وانه لم يكن يلزمه الكرى وانه لو باع دارا خربة فعمرها
المشتري بطينه وخشبه ولبنه ثم استحقت فان للمشتري رفع البناء وعلى البايع ما بين
قيمته ثابتا ومقلوعا وكذا لو غرس الارض ثم استحقت فعلى البايع ما بين قيمة الاشجار
ثابتة ومقلوعة كما لو غرس في ارض غيره باذنه ولا رجوع للمشتري بالاثر كنفقة العبد
والدابة فان زوق بجص او طين من عنده فللمستحق ان يكلفه نزع التزويق ثم للمشتري
الرجوع بنقصانه على البايع وان رضي المستحق ان يكون المشتري شريكا به جاز كما لو
اشترى ثوبا فصبغه فزادت قيمته ثم استحق فان رضي صاحب الثوب كان شريكا له
وان كلفه نزعه صار بالنزع مستهلكا فللمشتري الرجوع على البايع بما بين قيمته ابيض
ومصبوغا انتهى وفي فتاوى تلميذه القاضي الحسين انه لو اشترى دارا وعمرها ثم

استحقت وبعضت عمارته فهل يرجع على البايع بارش النقص وكذا ايما
انفق على الدار فيه وجهان احدهما لا يرجع وقال ابن سريج يرجع وللشافعي
نصان يدلان على ثبوت الرجوع فذكرهما وانه لو ثبت فلسه عند الحاكم لخراب
الدين وادعى انه وجد مالا لا تسمع دعواه حتى يبين فان قال ورثت الف درهم
او كسبت او وهب له او ما اشبهه سمعت دعواه وحلف له وانه لو اشترى ضيعة
من قيم صبي وسلم الثمن ثم بلغ الصبي وانكر كون البايع قيما له واسترد الضيعة
ثم اشتراها المشتري من الصبي بعد بلوغه ليس له ان يرجع بالثمن الذي دفعه
الى القيم عليه لانه كان صدقه على الولاية الشرعية كما لو اشترى من وكيل رجل
ودفع الثمن اليه ثم قال الرجل لم اوكله واخذ المبيع من المشتري ثم اشتراه المشتري
من المالك مرة اخرى لا يرجع على الوكيل بالثمن لانه كان قد صدقه على الوكالة فيلزمه
في حق نفسه حكم تصديقه قلت في الصورتين نظر وقد جزم القفال قبل
هذا بانه لو صدق المشتري البايع على ملكه العين ثم استحقت رجع عليه بالثمن قال لانه
اقر على ظاهر الحال وكذا يقال ههنا انه صدق على ظاهر الحال ولعل هذا اعني عن غير القفال
لكنه فيما جمع من فتاويه ولا اخفاء ان الكلام فيما اذا كان الانتزاع بالحاكم وانه
تسمع دعوى الحسبة على قيم الصبي انه اتلف مالا للصبي وله ان يحلف القيم انه [illegible]
قلت وقد عمت البلوى بهذه المسألة وهو ان يدعي قريب لليتيم على وصيه اتلاف
شي من ماله او خيانة ونحوها محتسبا فترد دعواه كما عاينته من كثير من قضاة العصر
معللين بانه لا حق له ولا ولاية على الطفل ويرون دعواه فضولا والظاهر
انه اذا كان للمحتسب ان يحلف القيم فله اقامة البينة على ما ادعاه بل اولى وحسن
ان ياذن له الحاكم في الدعوى ويتعين ذلك عند ظهور امارات صدقه وفساد حال الوصي
او جهالة حاله سيما في هذا الزمان وقد يعود الضمير في قوله وله ان يحلف القيم على الحاكم
لا على المدعي حسبة وانه لو ادعى عليه الف درهم فقال للحاكم قد اقر بانه ابراني
او استوفى مني الالف قال القفال لا يجعل هذا اقرارا منه بخلاف دعوى الابراء والاستيفاء
قلت وفي النفس من الفرق شي وربما سبق في كتاب الاقرار ما يخرج منه خلاف فيه
وانه لو ادعى عليه عشرة اروس من الغنم فقال قد صالحتك عما كان لك علي قال القفال

لا يجعل هذا اقرارا بما ادعاه لكن تضمنه ان له عليه شيا وانه لو ادعى
عليه الفا فانكر ثم قال للمدعي اشتر مني هذا الثوب بالالف الذي تدعي كان
اقرارا منه كما لو قال للمدعي بعني يكون اقرارا ويفارق ما لو قال صالحني
عن الالف الذي تدعيه على هذا الثوب لا يجعل اقرارا وكذا لو ادعى ثوبا
في يد فانكر ثم قال للمدعي صالحني منه على كذا لم يكن اقرارا والفرق بين لفظ
الشرى ولفظ الصلح لانه ليس من شرط الصلح ان يكون شيا الا ترى ان
الصلح عما لا يكون مالا يجوز وهو الدم فقوله صالحني ليس من ضرورته ان
يكون هناك مال يشتريه حتى يكون بيعا فلذلك لم يعمل عمل البيع فلذلك ان
قلنا ان قوله صالحني لا يجعل اقرارا بخلاف قوله بعني فان من ضرورة البيع
ان يكون هناك مال يملكه فقيل للقفال الصلح بدل يسلك به مسلك المعاوضات
في جميع الاحكام الا ترى انه لو ادعى عينا فانكر ثم صالحه على شي كان بيعا فلما
كان بلفظ البيع اقرارا وجب ان يكون بلفظ الصلح هكذا فقال الجواب ما ذكرت
فقيل له لو ان المدعي للثوب قال للمدعى عليه بع هذا الثوب هل يكون مقرا
به قال لا فلو قال انا اشتريه منك قال لا وكذا في جانب المدعى عليه لو قال
انا ابيعه او اشتر مني لا يكون هذا اقرارا انما يكون اقرارا اذا كان اللفظ يصلح
لاحد المصراعين بان يقول المدعى عليه بعني او يقول اشتريت وكذا
المدعي يقول مثل ذلك ولو قال المدعى عليه بثوب للمدعي وكلني بان ابيع هذا
الثوب عنك قال القفال لا يجعل مقرا فقيل له وجب ان يكون مقرا فان
حقيقة اقراره له في هذا ومثله ومعلوم ان الرجل لا يكون وكيلا في بيع ملكه
وانه لو اقر له بما به وانه ملي بادائها ثم ادعى انه مفلس لم يقبل قوله الا ان
يقيم بينة على ذهاب ماله وانه باي وجه صار مفلسا فان اراد تحليف المدعي حلفه
انه لا يعلم ذهاب ماله الذي اقر انه ملي به وانما يلزمه ان يحلف هكذا ولا يحلف
انه لا يعلم ذهاب ماله بل يحلف على نحو ما ذكرنا لانه ربما يعرف ذهاب ماله لكنه
لا يعرف ذهاب ماله الذي اقر به قلت وربما سبق في التفليس ما يخالف
ما ذكر او بعضه فراجعه وانه لو شهدا عليه بالف ولم يشهدا على اقراره فقال

هو من يمين خصم لا يلتفت اليه ولا يحلف المشهود له بخلاف مسألة الاقرار لان
البينة شهدت مطلقا على الالف فالظاهر ان شهادتهم لا تقع الا على الالف الذي
عليه لكن لو اراد الحاكم ان يستفسر الشهود ويسألهم ان هذا الالف من اي
جهة لزمه جاز ذلك ان ادى اليه اجتهاده اما تحليف المشهود له فلم اذكر
للمسألة نظائر في الكفالة وقبض الرهن وغيره بخلاف ما لو وقعت الشهادة على
الاقرار بالدين والكفالة واقباض الرهن فله التحليف كما سبق وما ذكره من
قبول الشهادة عليه بالف مطلقا هو اصح اوجه ثلاثة تقدمت واضحة وانه لو
اوصى ببيع داره والتصدق بثمنها فباعها الوصي فقال المشتري لا اسلم الثمن
حتى تثبت وصيتك عند الحاكم فله ذلك قلت وهذا يطرد في الوكيل ايضا وعامل
القراض وقيم الحاكم وسألني عن فتاوى القاضي الحسين ما تنازع فيه وانه لو
ادعت زوجيته ومهرا ونفقة على رجل فقال لست بزوجها وحلف ثم اقر بالزوجية
قال القفال لا يقبل منه ولا يحل له وطؤها فقيل له واي فرق بينه وبين ما لو قال
لامرأته لست زوجتي فانه يكون كناية فلم لا جعلته اقرارا كما فعلت في هذه
قال لان هناك ثبتت الزوجية فاذا قال لست زوجتي ثم قال لم ارد به طلاقا
قبل لانا عرفنا بينهما زوجية فيحتمل ان قوله لست بزوجتي اي لا تطيعيني فلا
يرتفع به النكاح واذا انكر في الابتداء ثم اكذب نفسه لم يقبل لانه كان اثبات
دعواها انتهى وقوله لا يحل له وطؤها اي ظاهرا اما في الباطن فان لم يقصد
به الطلاق فالحل واضح عند كذبه في انكاره وانه لو غاب وترك عقارا وله
زوجة وابن زمن فلهما رفع الامر الى الحاكم حتى يبيعه وينفق عليهما فلو كان
حنفيا لا يرى بيع العقار في النفقة فليس لهما بيعه بانفسهما قلت وهذا
ظاهر اذا قلنا المستحق اذا ظفر بغير جنس حقه ليس له اخذه وبيعه بنفسه في حقه
اما اذا قلنا بذلك وهو الاصح فيهما فلا وانه لا يقبل الشهادة بالكفر ما لم ينقلوا
لفظه الى الحاكم لان الناس مختلفون فيما يكفر به وان نقلوا اللفظة اليه فقال ما
قلت هذا اللفظ انا مسلم لا يقبل منه ذلك بل يحتاج ان يجدد الاسلام ويقول الكفر
باطل كما لو شهدوا على اقراره بالزنا فقال لم اقل لا يكون رجوعا منه وان قال انا لم

ازن كان رجوعا منه والفرق بينه وبين ما لو قال لم اكفر فانه لا يجعل
مسلما بذلك انه لو اقر عند الحاكم بالزنا ثم قال ما زنيت كان رجوعا وانه لو تكلم
بكلمة الكفر بين يدي الحاكم ثم قال ما كفرت لم يجعل اسلاما منه فافترقا قلت
وهذا الفرق غير واضح وما ذكره من عدم قبول الشهادة بالكفر مطلقا هو الصواب
خلافا للامام ومن تبعه كما بينته في كتاب الردة وقوله ويقول الكفر باطل ظاهره
انه يجب ان يقول ذلك وهو غريب وكأنه اراد به التبري من كل دين خالف
الاسلام كما قاله الشافعي والاصحاب والظاهر ان قوله الكفر باطل لا يغني عن
ذلك انتهى والله اعلم وانه لو شهدوا عند الحاكم ان فلانا وقف هذه
الدار وهو يملكها ولا ندري على من وقف قال القفال لا تسمع هذه الشهادة فقيل له
لو اوصى بوصايا مختلفة فادعى رجل انه وصيه واقام بينة بانه اوصى اليه ولم يثبتوا
على تفصيل ذلك بل قالوا اوصى اليه لا غير وقالوا نحن سمعناه قبل موته يقول
اوصيت الى فلان فان هذه الشهادة تسمع وان كان لا بد من حجة لقوم اخرين وتعيينهم
على تفصيل الوصايا حتى يمكنه تنفيذها فلم لا قلتم هنا اذا شهدوا انه وقف كذا
وجب ان يسمع ثم ربما شهد الشهود بان الموقوف عليه من هو فقال لا لانه ليس
كذلك لان تلك البينة بالوصية مفيدة الا ترى انه لو قامت بينة بعد ذلك
بانه اوصى بثلثه للفقراء او انه اقر بان الحج من رأس المال وما اشبهه بعين ذلك
المشهود له بالايصاء اليه لتنفيذ تلك الوصايا وان لم يكن فصلت في الايصاء الى
فلان فلما كانت تلك البينة مفيدة سمعت فهو كرجل اقام البينة ان له على فلان
الف درهم ثم تقوم بينة اخرى على ان هذا وارثه ثم تقوم بينة اخرى على انه خلف
من التركة كذا وكذا فان ذلك كله ثابت وكل بينة على الانفراد مسموعة لانها
مفيدة كذا ههنا اما في مسألتنا اذا احتجنا الى تعيين جهة الموقوف عليه فلا بد ان
تشهد تلك البينة ان فلانا وقف داره على الفقراء او انه وقفها على هذا الرجل
ثم يعلق على الفقراء فلما كان في تعيين جهة الوقف لا بد من ذكر الوقف فلم يكن في
سماع هذه البينة بانه وقفها ولا ندري على من وقفها معنى وهناك يثبت بها الحكم
في ثبوت الوصاية من غير ان يحتاج الى اعادة بينة على الايصاء اليه فلذلك سمعت انتهى وما

ذكره في الصورتين لا اسلم عن نزاع وانه لو اقام شاهدين ان زيدا اقر
له بالف درهم وحكم به الحاكم ثم قال المشهود له هذا المال المقر به انما هو لاحد
الشاهدين واسمي كان عارية بطلت شهادتهما كما لو شهدا له بمال ثم اقر بان
احدهما كان شريكا له فيه بطل الحكم وبقي له شهادة الواحد فله ان يحلف معه ولو
اقام ثلاثة شهود والمسئلة ما ذكرنا لم يبطل الحكم لانه بقي شهادة اثنين فان قيل
الشاهدان انما شهدا بالمال لفلان هذا وهو يقول ليس لي قال جاز ذلك لانه
يصح ان يشهد الشهود بان هذا المال لفلان ثم يقر هو لغيره فيقول كنت وكيلا او انما لم
يجز هذا اذا شهدوا على الجناية او على الصداق في النكاح ثم اقر به لغيره لانه لا يجوز
ان يكون ذلك المال له قلت وقوله وبقي له شاهد واحد فله ان يحلف معه
اي على شطر المدعى لا على الكل لانه قد اعترف بان احدهما شريكه فيه لكذا ططمنته نعم
لو كذبه المقر له منهما وقلنا يقتضي الاقرار ابا تصديق المقر له فهل له ان يحلف
على الجميع مع الشاهد الاخر اذا قلنا لا يرجع المال من المقر في هذه الحالة وانه
سئل في بيت ملكا له فيه نظر والظاهر المنع والله اعلم وانه سئل القفال
عمن اقر بالوقف في ضيعة وجعل ملاها فيما فلم يقبل القيام به ثم جاء وشهد على المقر
بانه وقفها هل يقبل فقال ان لم تكن الضيعة في يده ولا اقر بالقيام يقبل قلت
يشبه ان مجرد كونها في يده لا يمنع قبول شهادته والله اعلم وانه لو شهد ان
فلانا اوصى بثلاثه للفقراء فانكر الوارث فقبل الحكم اقام الوارث بينة بان الشاهد
قال قبل شهادته ان الميت اوصى الي بثلاثه للفقرا كان ذلك طعنا في شهادته
وامتنع الحكم وسوا عزي ذلك القول منه ايا ما قبل الشهادة او ذكر انه قال بعدما بين
وعلى هذا لو ان رجلا اقام شهودا بدين له على فلان فقبل جاء المشهود عليه ببينة
بان هذا الشاهد قال قبل ان شهد ان صاحب الحق قد وكلني في استيفا حقه من هذا
المديون وقبلت وكالته كان ذلك طعنا في شهادته وكذا لو اقام بينة انه قال بعد
ما شهد وقبل الحكم اذا ثبت ان ذلك طعنا في الشهادة في مسئلتي الوصية والدين فلو اقام
المشهود له بالدين بينة على انه قد كان عزل هذا الشاهد عن الوكالة ها قبضنا
الدين قبل شهادته سمعت هذه البينة وثبت الدين وكذا لو شهد شاهدان

على سبيل الحسبة بان هذا الذي شهد فعل ذلك اي عزل نفسه قبل ان
يشهد قال سمعت شهادتهما وكان ذلك دفعا لبينة الورثة بانه قد وكل ثم قال
هذا كله اذا اقام المشهود عليه بينة بان قال اوصى الي او وكلني فان لم يقل قبلت
لم يكن طعنا لانه قد يوصي اليه وهو لا يقبل وانه لو اقر بان الدار التي بيد
زيد ملكه من عشرين سنة ثم جا وادعى انه اشتراها منه من عشرين سنة قال
القفال لا يسمع دعواه ولا بينته وان ادعى بحق في يد غيره ولا يدعي الاصل اي
الارض فيجب ان يقول في دعواه يستحق في ارض كذا وهي لمن ذلك او غرس وبين
الطول والعرض وسبق الكلام على هذا مبسوطا وانه بيد حانوت فاجره لاخر لو كان ثم
وكان يأخذ الاجرة منه منذ سنين فادعى مدع ان الحانوت وقف عليه فان دعواه
تتوجه على من في يده الحانوت الان دون من اخذ منه الاجرة قلت ولم
لا تسمع الدعوى على المؤجر ايضا ولا مانع منها اذا احضرها المدعى وانه لو كان بيده ضيعة
وقف تقول وقفها جدي على اولاده واولاد اولاده ما تناسلوا فجاء رجل وقال
انا من ارباب هذا الوقف لم تسمع دعواه ما لم يبين بان يقول انا ابن عمك فلان
فان انكر ذو اليد حلف ليس هذا ابن عمه وانما قلنا يحلف لان هذا هو جمع وارث عمه
فان نكل حلف المدعى وكان شريكا معه فيه فان كان من يلي الوقف اثنان فهل
يحلف الواحد منهما المدعى الشركة فيه وجهان احدهما لا لا العلم القابض لانه لو اقر
لم يثبت نسبه لانه ليس بجائز لارث عمه ولو نكل وردت اليمين على المدعى فحلف
لم يثبت نسبه ايضا والثاني يحلف وفائدته انه ربما يقر فيعرض اليمين على الثاني فربما
يقر وان نكل حلف المدعى وشاركهما هذا اذا ادعى الجهة فاما ان قال انا من جملة
ارباب الوقف فيقال له فسر فان قال فلان وقف هذه الدار على ابيك وعلى
وعلى اولادهما فان حلف المدعى عليه ان فلانا لم يقف على ابيك شيئا من هذا سقطت
دعواه وان نكل ردت اليمين وحلف وصار شريكا وانه لو ادعى ثوبا بيد
غيره وقال يلزمه تسليمه الي فانكر فاقام بينة ان له في يده ثوبا لم تسمع هذه البينة
حتى يصف الثوب فيقول كرباس عرضه كذا وطوله كذا وصفته كيت وكيت يلزمه
رده اليه فحينئذ يقبل لان فيه موضعين احدهما ان يقولوا غصبه ثوبا والثاني اقر

له شرب ولم يسم واصفته فتقبل الشهادة المطلقة في هاتين المسألتين وانه
لو ادعى ملك هذه الضيعة بالارث من ابيه فاقام ذو اليد بينة انه اشتراها من
ابيه ثم ان المدعي ادعى ان اباه وقف الضيعة عليه قبل ان باعها واقام البينة قال
القفال لا تسمع دعواه لانه مكذب لنفسه فلا تسمع بينته الا ان يشهدوا حسبة
او يدعي غيره قلت ويشبه ان تسمع دعواه اذا ابدا عذرا يدل على صدقه كقوله
ظننت اني ورثتها ثم ظهر لي كتاب او احبرت بان ابي وقفها علي في حال صغري ولي بينة
بذلك ولم اعلم به الا بعد دعواي ملكها بالارث على ان كثيرا من العامة يسمي الوقف
عليه ملكا له وميراثا فيقول في دعواه ملكي وملك ابي وجدي وهذا كثابتي بريد
كتاب الوقف فمثل هذا لا يكون مكذبا لنفسه والله اعلم وانه لو ادعى على اخر
طبقة فاقام المدعى عليه بينة انه اقر يوم كذا انه لا حق له فيها فقال انا اعترف كذلك لكنه
اقر لي بعد ذلك بهذه الطبقة فقال القاضي للمدعى عليه احلف بانك لم تقر له بهذه
الطبقة قال القفال لا يصح هذا لان احدا لا يحلف قط انه لم تقر ولم تسمع الدعوى
على مجرد الاقرار ما لم يقل انه يلزمه تسليمها الي فلا تسمع الدعوى الا بان يقول
وجب لي عليه كذا بعد اقراري ان لا حق لي فيه ولذا في الطبقة يحتاج ان يقول قد
ملكت هذه الطبقة التي في يده بعد اقراري ان لا حق لي فيه وانه لو ادعى دارا
فقال للحاكم هي ملكي رهنتها من هذا لم تسمع لانه لا يمكنه ان يقول ويلزمه تسليمها
الي ما دامت مرهونة فالوجه ان يقول هي ملكي ورهنتها منه بكذا او احضرت
المبلغ فيلزمه تسليمها الي او لاحد الخوف مني فان انكر كونها رهنا في يده يقيم حينئذ
البينة انه قد رهنها منه بكذا وعلى هذا لو ادعى دارا في يد رجل وقال هي ملكي اجرتها
منه لم يمكنه ان يدعي قبل مضي المدة فاذا انقضت ادعى كما سبق فاما ان يقرا ويقيم
بينة اما بمطلق الشهادة انه اجره هذه الدار لا تثبت الملك للمدعي لانه قد يستاجر
ملك نفسه من المستاجر الاعلى قول من لا يجوزه فحينئذ يتصور وانه لو ادعى
على رجل انه غصب امته لم تسمع لان الحر لا يدخل تحت اليد وصار كما لو قال لرجل هرب
عبدي مني ودخل دارك ثم لو جاء الى الحاكم وقال امراتي في بيت هذا وهو يمنعني عنها
ولا ياذن لي ان ادخل داره فاخرجها فان لم يكن له بينة لم تسمع دعواه وان كان له بينة

اقامها بان تلك المراة في داره فيبعث القاضي ثم الامر الى اجتهاده فان
راى ان يختم باب الدار التي هي فيها فعل وان راى ان يهجم على تلك الدار فعل
قلت لا معنى للختم سيما اذا كان في الدار غيرها وانه لو اقام بينة ان
فلانا باع داره وهو صحيح العقل فاقام المشهود عليه بينة انه كان يوم البيع
مجنونا قال القفال بينة المبتاع اولى لان بينة الخصم شهدت انه كان يوم البيع
مجنونا ولم ينص على حالة البيع حتى ان عينا وقت البيع فبينة الجنون اولى
قلت في تقديم بينة المبتاع نظر وان اطلقت بينة البايع لان قضيته اطلاقها
استغراق الجنون اليوم لا انه كان مجنونا في جزء منه والله اعلم وانه لو اقام
شاهدا انه اقر له بكذا يوم السبت وقت الزوال فاقام الخصم شاهدا ان اللفظ
الذي قاله في ذلك الوقت كان اقرارا قال القفال والقاضي الحسين يحلف كل واحد
منهما مع شاهده ويكونا متعارضين كما لو اقام بينة انه قتل اباه يوم السبت فاقام
بينة انه كان غائبا يومئذ عن تلك الناحية فانها تسمع كذا ههنا ولو اقام بينة
انه اقر له بكذا يوم الخميس وقت الظهر في موضع كذا فاقام بينة انه كان ذلك اليوم
بموضع كذا من الغداة الى غروب الشمس سقطت بينة المدعي او نقض الحكم ان حكم
به انتهى الملتقط من فتاوى القفال سوى ما سبق مفرقا وعن نقل الرافعي
واكثر ما ذكرناه يفهم مما سبق ولكن احببنا نقله نصا وكبرته لا يسلم عن تنازع

فصل من فتاوى تلميذه القاضي الحسين رحمهما الله

ذكر انه لو
ادعى عليه عشرة فقال لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم لا يجعل مقرا الان الاقرار
لا يثبت بالمفهوم وان تثبتا الوقف والملك تعارضا كبينتي الملك قلت سبق
ما يخرج منه وجه في صورة الافراد واما بينتا الملك والوقف ففي روضة الحكام
انه لو اقام الخارج بينة ان هذه الدار وقف عليه وهما مالكها واقام ذو اليد بينة
على الملك فبينة ذي اليد اولى وقال ابن شريح بينة الوقف اولى لان الملك يزول
بالوقف فشهادة الوقف كالزيادة ولو اقام بينة على الوقف فوجهان احدهما
لا ترجح بالبدلات اليد لا تدل على الوقف وانما تدل على الملك والثاني ترجح انتهى
وانه لو ماتت امراة وخلفت زوجا واخا واختا فادعى الزوج ان التركة كلها

له يجعل المال نصفين احدهما له بحكم اليد والثاني للبنت الآن النصف
الذي بيد الزوج انما يجعل له بعد اليمين لاحتمال انها لو كانت حية لادعت
الكل وحلف الزوج فان كان الاخ غائبا والاخت حاضرة يحلف في حق الاخت
فاذا رجع الاخ حلف ايضا فان اقامت الاخت البينة على ان الكل لها ولاختها سمعت
بينها وبين حق الزوج قلت يجب ان يستثنى من التنصيف حصة الابنة
ثياب بدن البنت التي كانت عليها عند الموت لانها منفردة باليد فيها بخلاف بقية
امتعة البيت وقياسه حليها بخلقها وادنها في اليد عليها وان من حبسه القاضي لا
يجوز اطلاقه الا برضى خصمه او ثبوت اعدامه وان اطلقه برضاه فاراد اقامة بينة على
اعدامه لم تسمع لانه لا حبس عليه بخلاف ما اذا استحق حبسه وانه لو اجرى الماء في ارض
الغير او على سطحه او طرح الثلج في ملكه يجوز الشهادة عليه اذا رآه مدة مديدة من
غير مانع ولا يكفي ان يقول الشهود رأينا ذلك سنين وان كان ذلك مستند شهادتهم
قلت هذا ما اورده الشيخان هنا عن فتاوي القاضي ونورد منها ايضا ما تيسر
ونقدم عليه ما ذكره شريح في معنى الصورة المذكورة قال اذا شهدوا بان له حق مسيل
ماء في دار جاره فان شهدوا انه للمطر فقط فهو له وان شهدوا ان له مسيل
ماء دائم لماء المطر والوضوء والغسل فهو كذلك وان شهدوا ان له مسيل ماء ولم يضيفوا الى
شيء مما ذكرنا فالقول قول صاحب الدار مع يمينه انتهى ومن فتاوي القاضي جمع
البغوي انهما لو اشتريا دارا فاقتسماها فخرج نصيب احدهما مستحقا قال القاضي له الرجوع
بحصته من الثمن على البائع وقال الفوراني يبطل ذلك واقره البغوي وللمسألة التفات
على ان القسمة بيع او افراز حق فيما احسب وانه لو اشترى دارا فطالبه البائع بالثمن
فقال الدار لزوجتك لا لك فقال بل ملكي فله اجباره على اداء الثمن اليه ثم للمقر له
انتزاع الدار منه باقراره ولا رجوع له على البائع ولو قال البائع هي لزوجتي وكلتني في بيعها
نظر ان كانت الموكلة حاضرة وصدقته فله اجباره وان كانت غائبة فله ايضا اجباره
على دفع الثمن اليه لانه باقدامه على الشراء مقر بصحة العقد له وسبق عن فتاوي
القفال انه لو قال المشتري للوصي لا اسلمك الثمن حتى يثبت وصايتك عند الحاكم ان له
ذلك وقياسه انه لا يلزمه هنا دفع الثمن حتى يثبت الزوج الوكالة فتامله وانه لو

ادعى عليه انه باعه دارا فانكر فاقام بينة على بيعه او اقراره به فقال كنت
صغيرا وقت البيع صدق بيمينه لان الاصل بقاء الصغر الا ان تقوم بينة على
كونه بالغا يوم البيع او على اقراره بانه كان بالغا قلت مجرد كونه بالغا لا يلزم
منه الرشد واطلاق التصرف فلم لا يشترط ان تتعرض البينة لذلك ليقع الحكم
في محله وانه لو وكل وكيلا ببيع شيء فباعه من رجل وباعه الموكل من آخر ولم
يعرف السابق منهما لم يجب لواحد منهما فيما بينه وبين الله ان يحلف على السبق
بل يوقف الى ان يقر احدهما لصاحبه ثم اذا ادعى من ليس المبيع بيده على من هو بيده
السبق فالقول قول ذي اليد بيمينه لا يعلم انه اشتراه قبله وانه لو اقر في مرض
موته بان ما في هذه الدار او الدار لفلان ومات فتنازع الوارث والمقر له
في متاع فقال الوارث لم يكن في الدار وقت الاقرار وعاكسه المقر له فالقول
قوله وعلى الورثة البينة انه نقل اليها بعد الاقرار قال البغوي وعندي لا تسمع
الدعوى على انه كان في الدار لان كونه فيها غير مقصود بل يدعي ان الاب
اقر له به والقول قول الوارث بيمينه اني لا اعرف اقرار الاب انتهى وسبق
هذا الفرع او نحوه بزيادة كلام وانه لو اقر بان جميع ما في يده ملك فلان واشهد
عليه شهودا ثم مات فكل شيء علم الشهود انه كان في يده وقت اقراره لهم ان يشهدوا
به وما لم يعلموا كونه في يده فيه لم يجز لهم ان يشهدوا به وانه لو اتت امراته بولد
فقال ليس هذا مني فشهد ابوه مع اجنبي انه اقر انه ولده هل تقبل شهادته قال
القاضي يحتمل وجهين احدهما لا لانه يشهد لولد ولده واصحهما تقبل احتياطا للنسب
ولانه يشهد على ابنه وان كان في ضمنه الشهادة لحفيده وانه لو كان بينهما
عرصة مشتركة فادعى مدع نصيب احدهما فشهد له الشريك الآخر فردت شهادته
ثم اشترى الآخر نصيب شريكه فللشاهد المردود اخذه بالشفعة ثم يجب عليه تسليمه
الى من شهد له كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه صح الشراء وحكم بعتقه عليه قلت اخذه
الشقص بالشفعة فيه اشكال لان قضية شهادته بطلان الشراء فكيف يتسلط
على الاخذ فيها بخلاف شراء العبد والله اعلم وانه لو زوج الحاكم امراة مجهولة النسب
ثم جاء رجل وقال انا ابوها وكنت في البلد فالنسب ثابت والنكاح مفسوخ لان تزويج الحاكم

لا يجوز عند وجود الاب وان كان غائبا صح النكاح قلت وفيه اشكال
ان كان الفرض انه انما ثبت النسب بتصادق المدعي والمجهولة لما فيه من ابطال
حق الزوج وقد ذكر قبل هذا انه لو اقر بنسب زوجة ابنه وهي مجهولة النسب
زوجها الحاكم انه لا يبطل النكاح ووافقه العبادي ونقل المزني في المنثور ذلك
عن الشافعي رحمهما الله قال المزني وفيه وحشة وذكر القاضي كرة انه ينفسخ النكاح
والمشهور الاول وانه لو كان له عبد او فرس فقيل له لمن هذا فقال ملك هذا
الغلام واشار الى عبده وقلنا لا يملك بالتمليك هل يحكم له بالحرية يحكم له بالملك
تحقيقا لقوله لانه يحتمل وجهين كما لو قال لآخر بعني هذا يكون اقرارا له بالملك
على احد الوجهين الا ان الظاهر في البيع انه اقرار بالملك وههنا لا يكون اقرارا
بالحرية وجه الحكم بالحرية ان الملك لا يتصور له فلما اقر بالملك كانه اقر له بالحرية
كما لو قال لزوجته هذه زوجة فلان يحكم بارتفاع النكاح كذا ههنا ووجه
المنع انها اضافة مجاز كاضافة السرج الى الدابة بخلاف الزوجة قلت
ويجب ان يكون الفرض فيمن لم يعهد زوجة لفلان اما لو كان قد نكحها قبله
وقال اردت انها كانت زوجة له لم يحكم بارتفاع نكاحه قطعا على ان في ارتفاع النكاح
عند جهالة الحال واحتمال صدقه انه اراد ذلك وقفة والله اعلم وانه لو باع دارا
ثم ادعى ابنه بانه وقفها علينا وعلى اولادنا ولم يقل ثم على اولادنا واقام بذلك بينة
حكم ببطلان البيع فلو اقام المشتري بينة انه اقر انها كانت ملكا له حين باعها
وهناك اولاد واولاد سمعت وتبطل دعواه في نصيبه دون نصيب الاطفال وليس له ان
يدعي نصيب اولاده ولا يحكم ببينته لا له ولا للاطفال لخروجه باقراره عن كونه
قيما لهم في هذه الدار بل ينصب الحاكم قيما يدعي على المشتري وتقام البينة ثانيا
على نصيبهم ان شاء نصب اجنبيا وان شاء نصب ابن البائع والبينة التي اقامها
انما بطلت في حق ابيهم لا في حقهم قلت واذا كان كذلك فلا حاجة الى اعادة
الدعوى والبينة بنصيبهم قال البغوي فلو ان الابن المدعي للوقف ادعى باني
كنت جاهلا بالوقف يوم الاقرار قال العبادي تسمع دعواه ويحلف قلت وهذا
هو الصحيح ويجب الجزم به اذا دلت القرائن على صدقه كما لو كان طفلا وقت الوقف

وانه لو ادعى بامر القاضي حانوتا موقوفا على الفقراء فقال المدعى عليه
ليس بموقوف بيدي بل هو لابني وقيل يدعي عليه القيمة وياخذها القاضي
بعد الثبوت ولا يفرقها عليهم بل يتصرف فيها فاذا جاء صرفه الى الفقراء فان
انتزع العين الموقوفة ممن هي في يده رد القيمة على المدعى عليه الاول لانه
اخذها للحيلولة قلت وهذا الفرع مشكل ويحتاج الى تحرير وتصوير وهل
المراد بقوله وياخذها القاضي بعد الثبوت اي باقراره بعد انكاره او تعذر ذلك
من بينة مردودة اذا قلنا لا تصرف الخصومة عنه او كيف الحال لانه لو قامت
بينة بانها وقف على الفقراء انتزعت في الحال حيث لا معارض لها وان عورضت
ببينة داخل ورجحناها باليد فلا غرم فتامله وانه لو ادعى وصي عن
صغير او عن نفسه على رجل ان دارا في يده لهذا الصغير فقال هي وقف
على ابنه الصغير فاقام المدعي بينة توافق دعواه ثم اقام الاخر بينة عن
ابنه انها وقف عليه وقفها مالكها ولم يسموا الواقف فاقام المدعى عليه بينة
انها للصغير المدعي له وكانت بيد الوصي الى ان غاب فاستولى عليها رجل فباعها
من هذا المدعى عليه ثم وقفها هذا المدعى عليه على ابنه الصغير او اقام بينة
انها ملك لغصبها فلان وباعها من قيم هذا الصبي المدعى عليه هل يكون
ذلك دفعا اجاب القاضي بان البينة التي للصغير ذي اليد اولى وليست
البينة الاخرى دفعا قلت فيه نظر والمتبادر خلافه والله اعلم
وانه ادعى على رجل بان الدار التي بيده وقفها ابي علي وعلى اولادي
وذكر الشرائط واقام بينة على ذلك فقيل له منذ كم مات ابوك فقال منذ تسع
وعشرين سنة وقيل للشهود منذ كم مات ابوه فقالوا منذ خمس وعشرين سنة
لم تبطل اختلافهما في تاريخ موته الشهادة فلو قال الشهود في شهادتهم وقفها
ابوه منذ تسع وعشرين سنة ثم سئل المدعي فقال مات ابي منذ خمس وعشرين
سنة بطلت شهادتهم لانه كذبهم قلت كذا رايته في النسخ ولعل صوابه وقفها
الى من كذا او كذا الامانة لان قوله مات منذ خمس وعشرين سنة ليس فيه تكذيب
لهم او يكون الصواب مات ابي منذ خمس وثلاثين سنة والله اعلم وانه ورد كتاب

قاضي سرخس بقضاء سيرهم الى قاضي مرو بان زيدا ابن عم فلان الميت وعصبته ومستحق جميع تركته فحكم قاضي مرو فظهر للميت ثلاث بنات بمرو فصرف الثلثين للبنات من المال فهل يستحق ابن العم الباقي بحكم قاضي سرخس ام يبطل قضاؤه فيه كما بطل في الثلثين اجاب القاضي لا يبطل قضاؤه فيه كما لو اقام بينة عند حاكم مرو انه اخ للميت ثم ظهر بعد ذلك للميت ابنتان لا يبطل اخوته قال ويسع حاكم مرو ان يتعلق الا رفيه حتى يشهد الشهود ثانيا ويجتهد فيه وسئل العبادي عن هذه المسئلة فقال كان من حق قاضي سرخس ان يذكر في كتابه ثبوت نسب ابن العم فقط فاما تبيينه انه مستحق لجميع التركة واني حكمت له بالجميع فلم يكن له ذلك وانه لو وكل رجلا ليطلق زوجته فطلق ثم انكر الموكل الطلاق او التوكيل يجب على الوكيل ان يشهد حسبة بانه طلق زوجته ولا يذكر انه وكله لئلا يمتنع قبوله ولو وكله بشراء شيء فاشتراه ثم ادعاه مدع على موكله هل يجوز للوكيل فيها بينة وبين الله عز وجل ان يشهد لموكله بالملك قال القاضي نظر ان كان لو ادعى رجل على البائع منه بالملك كان الوكيل يسعه من نفسه ان يشهد للبائع بالملك جاز له ان يشهد لموكله بالملك والا فلا واذا جوزنا له ذلك يشهد بانه ملكه لا اني اشتريته له قلت هذا هو الصواب ووهم جماعة في المسئلة كما سبق بيانه وانه لو ادعى دارا بيد رجل واقام بينة بان حاكما جائر الحكم كان قد حكم له بهذه الدار وادعى ان المدعى عليه كان غصب هذا المدعى عليه قال القاضي ان شهدت انها ملكه هذا المدعي سمعت والا فلا لاحتمال انه وهبها له او باعها منه بعد ذلك ولو شهدوا عليه بدار ثم اقر المدعى عليه بها لاخر فهل يلزم اقامة البينة على وجه المقر له فلو ادعى ثم اقر المقر له لثالث فانه لا يتناهى وربما يموت الشهود اجاب القاضي اذا شهدوا على رجل بدار على الحاكم ان يحجر على المشهود عليه فيها حتى لا ينفذ تصرفه فيها ثم اقراره لغيره لا يسمع قلت ان كان التصوير فيما اذا طلب المدعي ذلك او كانت الدعوى عمن لا يعبر عن نفسه لصغر او جنون او سفه او غيبة او موت فذاك وان كان من مدع لنفسه ولم يطلب الحجر ففيه نظر وانه لو ادعى عليه عشرة دنانير فقال هي من متاع

بعينه

بعته مني وقد رددته عليك ولا يلزمني تسليم هذا المال اليك فقال المدعي ان ادعى عليه مطلقا قال القاضي ان يحضر تلك العين المبيعة ويحلفه بانه لم يدع المال من جهة تلك العين الحاضرة قلت وفي تكليفه احضار العين بمجرد ما ذكره اشكال وينبغي انه اذا احضرها وحلف ان تكون مؤنة الحمل الى المجلس والرد على المدعى عليه ولو ادعى عليه عشرة فقال اقر بخمسة واحلف على خمسة فله ذلك ولو قال احلف على خمسة واراد اليمين على خمسة ليس له ذلك لانه في الاولى حصل مقصود المدعي في البعض وههنا بخلافه وانه لو ادعى عليه القاضي ثمن دار اشتراها منه وانه سلمها اليه فقال رددتها عليه بعيب فقال المدعي قد اقر بالشراء فمره بتسليم الثمن الى ان يثبت العيب فقال انما اشتريتها بخمسمائة لا بالف قال القاضي يحمل قوله السابق اقرارا بالالف لانه جواب مرتب على دعواه به وقال قبل هذا الموضع انه لو ادعى عليه عشرة فقال لا يلزمني تسليم هذا المال اليك اليوم انه لا يجعل مقرا لان الاقرار لا يثبت بالمفهوم وانما يثبت بالتصريح انتهى والصحيح الواقع هنا مطلق الشراء فتامله وانه لو ادعى عليه قيمة عين اتلفها عليه وله بينة كيف تشهد قال تشهد بانه غصب منه عينا صفتها كذا وكذا ثم اهلكها عليه حكما باقرار او بيع وعليه قيمتها حينئذ على القاضي ان يقبل وانه لو ادعى حسبة على من في يده غلام صغير انه حر الاصل وانه ابن فلان في اليد فقال انما هو ملك ابني وليس هو ابني لم يحلف لانه لو اجاب بانه ابني لم يحكم القاضي بحريته ولا تقبل اقراره على ابنه الطفل المقر له فان كان للمدعي بينة سمعت والا بقي الغلام رقيقا نعم لو جاء هذا المدعي مع غيره وشهد احسبة بانه ولد فلان ولدته امرأته على فراشه فاقرته به تسمع قلت قوله فاقرته به يفهم انه لو انكر لم تسمع وهو بعيد وانه لو ادعى ضيعة فانكر فاقام بينة بانه اقر له بها منذ شهر فاقام ذو اليد بينة بانها ملكه لم يكن دفعا لاحتمال اعتماد هم ظاهر اليد والتصرف فاقرار مقدم ولو ان الخارج اقام بينة مطلقة وصاحب اليد بينة مطلقة تعارضتا واقرت قريبا بحكم اليد فاقام الخارج بينة بانه اقر له بها منذ شهر وانها ملك له حكم بها للمدعي كالمسئلة الاولى فلو اقام ذو اليد بينة اخرى انه اشتراها منه

في زمان هو ذو شهر حكم لذي اليد ولو اعاد الخارج البينة التي شهدت
بمطلق الملك على ان صاحب اليد اقر له بها قبله بشهر لم يكن دفعا لبينة ذي
اليد اذ لا تضاد من الاولى والثانية وانه لو ادعى عليه دارا انها كانت وقفا
في ملكي وورثتها من ابي ثم قال للمدعي الم يكن بعتها مني او من ابي نزعت منه
وسلمت للمدعي باقرار هذا ثم جاءت زوجته فاقامت بينة انه اصدقها اياها
نزع من المدعي وسلم اليها سمعها ثم المدعي يخرجه فيمينها لانه انلفها عليه باصداقها
لزوجته وانه لو ادعى عينا واقام بينة يقضي له بها ثم ادعى عليه مدع انها
ملكه واقام بينة فاقام ذو اليد بينة ان القاضي قضى له بالملك فبينة الخارج اولى
لانها تشهد بالملك مطلقا وبينة ذي اليد تشهد بالقضاء فهو كما لو شهدت بانه
كان يلتمس ملكا له وان شهد شهود ذي اليد بان القاضي قضى له بالملك ولا نعرف
زوال ملكه فحينئذ تكون بينته اولى وانه لو ادعى نصف دار مشاعا واقام
به بينته فقبل الحكم له بالملك رجع وقال لم ادع نصفها على الشيوع بل ادعى نصفها
مفرزا فكذبه الحاكم ومنعه عنه فعاد الى راس الدعوى وادعى مشاعا فهل تسمع دعواه
ثانيا وهل يحكم بتلك الشهادة قال القاضي ان قال اما لا ادعي الا هذا النصف
معينا لا عين فهذا اللفظ كذب شهوده ونفسه فاذا رجع وعاد الى راس الدعوى
لا تسمع الا بسبب حادث قال البغوي الى هنا جواب السؤال ثم بسط القاضي
الكلام وصور المسألة في عبدين ادعى نصفها على الشيوع ثم رجع وادعى احدهما
هل تسمع دعواه وعلل الكلام لو ادعى احدهما ثم رجع وادعى نصفها على الشيوع امّا
اذا ادعى نصفها على الشيوع ثم عين احدهما وادعاه وجب ان تسمع لانه الى الان
كان يدعي النصف من الاخر فهذا التعيين ترك الدعوى في نصف ذلك ومن ادعى شيئا
ثم ترك الدعوى في بعضه لا يضره ولا تبطل دعواه في الباقي وفي الذي عين اليه
الان كان يدعي نصفه والان يدعي كله فتسمع دعواه ايضا لان من ادعى نصف دار
لم يكن مقرا للخصم بالنصف الاخر منها والمدعي في دعواه بالخيار ان شاء ادعى
الكل دفعة واحدة وان شاء ادعى في دفعات ولو ادعى اولا احد العبدين معينا
ثم ترك تلك الدعوى نصفها على الشيوع فتسمع دعواه ايضا لانه ترك الدعوى في نصف وادعى

الذي

الذي عينه اولا وزاد دعوى نصف العبد الاخر ولذلك اذا خصصه
احدهما بالدعوى لا يكون اقرارا للخصم بملك الاخر هذا كله اذا ادعى مطلقا فاما
اذا فسر الدعوى وقال هذان العبدان بيننا نصفان على الشيوع ثم عين بعد
ذلك احدهما في الدعوى تسقط دعواه عن نصف العبد الاخر ولا تسمع دعواه الا
في نصف المعين لانه اقر لشريكه بنصف من عينه الان وانه لو ادعى عينا واقام
شاهدين شهد احدهما انه ملكه ورثه من ابيه والاخر انه ملكه ورثه من امه
قال الظاهر انها شهادة مختلفة لا يحكم بها وقيل تقبل ويقضى بها لاتفاقهما على
اصل الملك وانما اختلفا في شيء زائد فلو انهما بعد ذلك اتفقا على جهة واحدة
فشهدا انه ورثه من ابيه او شهدا له بالملك مطلقا هل يقبل قال ان كان
وقع للقاضي ريبة في انهما اخذا شيئا من المشهود له او ما يشبهه لا يقبل وان لم يقع
يقبل ويقضى به وانه لو ادعى عينا فقال ذو اليد كانت له الا انه باعها مني
فانكر البيع فشهد لذي اليد شاهدان بان العين ملكه ولم يتعرضا للشراء من
المدعي فلا تقبل بينته على الملك لان بينته قد بطلت بالاقرار فهو يدعي ملك عين
لا يد له عليها واقام بها بينة وذكر قبله انها لا تسمع حتى يشهدوا على الشراء منه
قلت وهذا هو الصحيح كما سبق وانه لو عارض الداخل الخارج ببينة فاقام
الخارج بينة بان شاهد الداخل هو بايعها من الداخل ابطل بينته بذلك او بان
انه ابا البايع الذي باعها من المدعى عليه لانه يشهد لابنه البايع من الداخل
وانه لو اقام بينة بعد تعارض البينتين بان شاهد المدعى عليه استأجر او
ابتاع العين من المدعي قضي بها للمدعي وتبطل بينة ذي اليد وانه لو
زوجها الحاكم ظانا بلوغها ثم مات الزوج فادعى الوارث انها كانت صغيرة حالة
العقد فالنكاح باطل ولا ارث لها فانكرت فالقول قول الوارث لان الاصل بقاء
الصغر كما لو ادعى القاذف اني كنت يوم القذف صغيرا فالقول قوله بيمينه وكذا
لو ادعى البايع انه كان يوم البيع طفلا صدق بيمينه قلت وفي تصديق الوارث
في الصورة الاولى نظر ولعل القاضي فرعها على مذهبه ان القول قول مدعي الفساد
كما سبق ايضاحه في البيوع عدنا الى بقية كلامه قال القاضي ولو نكح امراة ثم

وادعى

ماتت قبل الدخول فادعى وارثها المهر فقال الزوج كنت طفلا حين العقد
فلم يصح صدق بيمينه فلو اقيمت بينة على بلوغه يوم العقد او على اقراره به قبلت
ولو قالت الزوجة كنت اقررت بالبلوغ يوم العقد فقال الوارث بلى ولكن
كنت كاذبة له ان يحلفها انها كانت بالغة يوم اقرت ويتفرع عليه ان امراة لو اقرت
ببلوغها نظران قالت بلغت بالحيض في زمن يحتمل يقبل وان قالت بالسن
يحتمل وجهين احدهما يقبل كالحيض واصحهما لا لان اقامة البينة عليه ممكنة
بخلاف الحيض تطير لو ادعت انقضاء العدة بالحيض في زمن يحتمل يقبل ولو
ادعت انقضاءها بالاشهر عليها البينة انه طلقها في شهر كذا او في وقت مضت بلا انه
اشهر وان اطلقت الاقرار بالبلوغ هل يقبل وجهان قلت وانه وان اقامة البينة
على الحيض ممكنة على الصحيح كما سبق والاكثر ما ذكر مفرع على تصديق مدعي الفساد
وقد افتى البغوي عليه وفصلناه فيما تقدم وانه لو ادعى انه باعه هذه الدار
فانكر فاقام بينة انه باعها منه وكانت ملكه يوم البيع وكان بالغا ليس للحاكم ان
يسال الشهود بانها الآن ملك المشتري ام لا فان سالهم فان قالوا لا ندري
لم يمنع القضاء بل يجب عليه ان يقضي لان سبب المدعي ثبت بشهادتهم ولو لم
يسل البينة وكان بالغا يوم البيع صحت الشهادة غير انه اذا ادعى بعد ذلك اني
كنت صغيرا يقبل قوله وعلى المدعي بينة اخرى على بلوغه وقت البيع ثم قال في جواب
آخر لو سالهم الحاكم انها ملك لمدعي الشرى فقالا لا نعلم فرد شهادتهما ثم عادا
وشهدا بالملك لا يقبل وان اجابا وقالا لا حتى ننظر ثم عادا وشهدا بالملك يقبل
بخلاف ما لو قالا لا نعلم ثم قالا نسينا وتذكرنا لانه وقع ريبة في شهادتهما وانه
لو ادعى عليه دارا فانكر فاقام المدعي بينة بانها ملكه اشتراها من فلان فقال لهم
القاضي هل كانت ملك البائع فقالوا حتى ننظر ثم عادوا وقالوا الآن صح لنا
انها كانت ملكا لبائعها يوم البيع لا يقبل لشهادتهما لان العلم بالملك شرط يوم
الشهادة او العلم بانها في يده يوم البيع يتصرف فيها تصرف الملاك لا منازع له فيها
وهنا لم تكن الدار في يد البائع حين شهدوا بانها ملكه فلا يقبل الشهادة على
الملك للبائع وانه لو ادعى قيم صبي مالا له فقال الخصم من تدعي من جهته

بالغ ليس لك ان تدعي عنه فقال القيم احلف بانك لا تعلم انه صغير فان حلف
على نفي علمه سقطت الخصومة من جهة القيم وان لم يحلف فالقيم لا يحلف بل الخلاف
وهل يحلف الصبي فيقول والله اني صغير وجهان بناء على القولين في تحليف
من ادعى انه ابنه بالعلاج قلت وهذا كله لا يجي على ظاهر المذهب بل بعضه
وانه لو زوج ابنته وزفها مع الجهاز وقال هذا جهاز ابنتي فهو ملك لها
يورث عنها ولو لم يقل ذلك فماتت فادعى الزوج بانه جهازها فلي فيه الميراث وقال
الاب بل اعرتها فالقول قول الاب مع يمينه قلت وفيه وقفة اذا كانت بالغة
رشيدة وفي الاولى احتمال في كونه اقرارا لها بالملك فيه لانه ليس بصريح وتسمية
هذا اللفظ في العادة فيما سعت معها للتجمل وان كان مستعارا او مستاجرا وانه
لو باع دارا في الحضور فصارت القضية الى صاحبها فادعى البائع بعد عشرين سنة عنده
ان تلك الدار ملكه واقام بينة مطلقة على ذلك لا يجوز للقاضي ان يقضي له بالملك
لانه علم انتقال الملك منه الى المدعى عليه ويجب على القاضي الامتناع عن القضاء
بعلم نفسه الا ان يدعي انتقالها من المشتري اليه ببيع او هبة فيسمع ويقضي له بالبينة
وكذا لو مات هذا المشتري فادعى البائع على وارثه عند هذا القاضي لا يسمع الا ان
يدعي نقل الملك من المورث او الوارث فلو ان هذا المشتري باع الدار من
رجل ثم جاء البائع وادعى على المشتري الثاني عند هذا القاضي تسمع دعواه لانه
لا يعلم انتقال الملك من المدعي الى هذا المدعى عليه قلت لكن قد يعلم انه انما يدعي
بالملك الذي تقدمت دعواه به على الوارث وجبنئذ في سماع دعواه من غير ذكر
الانتقال نظر والله اعلم هذا ما تيسر تعليقه من فتاوى القاضي رحمه الله ٥ ومن
فتاوى البغوي رحمه الله رجل يجري ماء في ملك الغير الى ملك نفسه فقال صاحب
الملك لا حق لك فيه انما هو عارية وادعاه المجري فالقول قول صاحب الملك بيمينه
قال فانه طالت مدة اجراء الماء على رسم الملاك ولم ينازعه صاحب الملك ولا غيره فيه
جاز ان يشهد له بالاستحقاق قلت ظاهر كلامه ان القول قول المالك
وهو ظاهر اذا علم ان الاجراء انما حدث في زمن ملك هذا المالك اما لو لم يعلم ابتداؤه
فلا كما سبق غير مرة ٥ اقر بدين معلوم لزيد فاقر زيد به لعمرو وقال فلعمرو ان

يدعي به على المقر ويسع البينة ان تشهد جزما بانه يلزمه تسليمه اليه من غير
ذكر الجهة والسبب وليس للقاضي ان يستخبرهم عنه ولو ان المقر ادعى ان
المقر له اولا ابراه عن ذلك المال لا تسمع دعواه ولا يلتفت اليه لانه بعدما
اقر بالمال للغير لا يصح ابراؤه عن ملك الغير فلا تسمع الدعوى قلت وقضيته
هذا انه لو ادعى ابرا متقدم التاريخ على الاقرار به للغير انه تسمع دعواه ان كان
له بينة وهو ظاهر وينبغي ان يسمع للتحليف ليرجع عليه بما اوقعه فيه من الغرم
باقراره بعد ابرائه له اذا كان قد استوفى منه المقر له والله اعلم اذا كان المواضع
التي اثبت اسامها وحدودها في هذا الكتاب ملك فلان يصح اقراره بها ولا يجوز
لمن سمعه ان يشهد عليها اذا لم يكن يعرفها اي وله ان يشهد عليه بما لفظه
ثم يلزم المقر البيان ادعى انه باعه عبدا بالف وسلمه اليه واقام بينة على
اقراره بذلك فقال انما اقررت باللسان ولم اقبض فاقام المدعي بينة بانا رأينا
ذلك العبد في يده وقال انه الذي اشتريته من فلان بالف فقال المدعى عليه اقررت
ولم يكن وصل الي فله تحليف المدعي على انه قد سلم لانه قد يكون في يده بسبب لا التسليم
من جهة البايع شهدا انه اقر لفلان بكذا وكان ملكا له يوم الاقرار او
شهدا انه اقر له به وكان ملكا له الى ان اقر او قالوا كان ملكا له قبل الاقرار
لا تقبل قلت في هذه الصورة الاخيرة وقفة وكذا في اللتين قبلها وهذا
الفرع مما تعم به البلوى ويقع الشهادة من العوام في صكوك الاقارير هكذا او نحوه
ويحتمل انه يخرج على تبعيض الشهادة او يقال يستفسرهم الحاكم عن ذلك ويعمل على
تفسيرهم من قبول ورد ولا سيما اذا كانت الشهادة لمن لا يعبر عن نفسه والجهل
يوقعهم في ذلك اقر له بالف بحضرة القاضي او بينة ثم قال لم يصل الي سببه له تحليف
المدعي فلو قضى عليه بالمال ببينة المدعي بعدما ادعى المدعى عليه هذه الدعوى
ولم يحلف المدعي وجب ان ينفذ قضاؤه لاجل البينة قلت هذا ظاهر ان
كان القاضي لا يرى التحليف على الاقباض فان كان يراه فلا سوا تعمد او نسي
ادعى دارا في يد انسان انها كانت ملكا لجدي فانتقلت منه الى ابي ارثا ومنه
الي واليوم ملكي واقام بينة فاقام ذو اليد بينة انها كانت ملكا لابيه واليوم

ملكي لا يكون دفعا حتى يبين وجه الانتقال من ابيه اليه فلو انه اقام
بينة انها ملكه مطلقا فاقام المدعي بينة انه كان اقر انه كان ملكا لابي
تسمع ويحكم له حتى يقيم ذو اليد بينة ويبين وجه الانتقال اليه اقام بينة
ان هذه الدار وقفها جدي على اولاده واولادهم منذ عشر سنين واقام ذو
اليد بينة انها ملكه او اني اشتريتها من ابيه فهي ملكي فبينته اولى وان قال
اشتريتها من جدك فبينة المدعي اولى للتاريخ قلت هكذا اراه في نسخ القنية
ولعل فيه خللا من ناقله في يده دار من سنين كثيرة فمات فادعت اخته انها كانت
لابيها وصارت ميراثا لي وللاخ واقامت بينة فاقام ابن الميت بينة انها كانت ملكا
لابي ورثتها منه ثم اقامت الاخت بينة على الميت بانه كان اقر انه ورثها من ابيه
فيثبت الحق للاخت ولو اقام اجنبي بينة بشراها واقامت الاخت بينة على اقرار
الميت بالارث حكم للاخت بما ادعت قلت كلامه في الصورة الاولى يفهم انها
لو لم تقم بينة على اقرار اخيها بالارث لا يحكم لها وفيه وقفة للمتامل لان الظاهر
ان بينة ابن الاخ شهدت بالملك له فظاهر اليد ادعى دارا انها وقف عليه فانكر
ذو اليد فاقام المدعي بينة وقضى القاضي بالوقفية وسلمها اليه ثم ادعى مدع عليه
بانها ملكه بعته مني بكذا قبل دعواه الوقفية وسلمته الي واقام عليه بينة
قال لا يبطل الوقف وعلى مدعي الوقف رد الثمن على مدعي الشرى منه لان الحق
في الوقف لا يختص به بل هو ملك زال الى الله تعالى كالعتق والحق فيه لاقوام
غير متعينين وبعد القضاء بالوقفية وزوال الملك الى الله تعالى لا حكم لبيع الموقوف
عليه رجل وامراة يسكنان دارا ادعى انها زوجته والدار له وادعت انه
عبدها والدار لها قال يحلف الرجل على نفي الرق وهي على نفي الزوجية ويحلفان على
الدار وتقسم بينهما وان اقام احدهما بينة قضي له وان اقاما بينتين فبينتها
ان الرجل عبدها اولى لان من ادعى حرية الاصل فاقام رجل بينة على رقه كان رقيقا
واذا حكمنا له بملكية الرجل كانت الدار لها قلت وفي شرح الروياني تعارض
البينتين وقيل تقدم بينة الرجل وهو قضية ما حكاه الهروي عن الاصحاب
كما سبق ان بينة الحرية تقدم على الرق خلافا للشيخ ابي حامد وعلى تقديم

بينة الرق جرى المراوزة والعراقيين كما تقدم ○ أقر بعض الورثة بوقفه
بعض التركة وأنكر بعض قبل قوله في نصيبه فلو قسمت التركة بينهم ووقعت
عين في نصيب أحدهم فأقر أن الأب وقفها وأنكر الباقون فهي وقف بزعمه
ولا رجوع له على الآخرين فإن أقام بينة بذلك رجع وكذا لو وقع عبد في نصيبه
فادعى أن الأب كان أعتقه وأنكروا لم يرجع عليهم بشيء فإن أقام بينة قبلت ورجع
في التركة فيقسم ثانيا ○ ادعى عليه ألفا فقال المدعى عليه صالحتني منها على
خمسمائة ووهبت مني خمسمائة ولي بينة فعجز عن البينة قال لم يكن إقرارا لأنه لم
يقر أنه يلزمه وقد تصالح على الإنكار وكذا لو أقام البينة على وقف قوله لا
يحكم بالباقي قلت قوله ووهبت مني كقوله أبرأتني منها وسبق بيانه ○ ادعى
على امرأة أني دفعت إليك مالا فأنكرت وقالت دفعته إلى ولدي فمات الولد وصارت
التركة للأم هل للمدعي أن يأخذ منها بلا بينة قال ليس له ذلك إن كان مصرا على قوله
الأول لأنه ليس يدعي على التركة وإنما يدعي عليها وفي نسخة ليس له ذلك إن كانت
مصرة على قولها الأول قلت وفي الرجوع مطلقا من غير اعتراف منها
بالاستحقاق في التركة نظر إن كانت الصورة في الوديعة إذ لا يلزم التضمين
بمجرد ذلك فليتأمل ○ أقام خارج بينة بدار فقضي له بها ثم أقام ذو اليد
بينة قضي له بها على الأصح ولو جاء أجنبي وادعى بعد القضاء للخارج الأول
الملكية وأقام البينة بها فأقام الخارج الأول البينة أن القاضي قد قضى له
قدمت بينته وكذلك خارجان تنازعا دارا فأقام أحدهما بينة أنها ملكه وأقام
الآخر بينة أن القاضي قضى له بحكم لمن قضى له إذا كان قد قضى له بالبينة لأنه
ترجح جانبه بالقضاء كما لو ترجح باليد قال وكذلك كل بينتين تعارضتا واتصل
بأحدهما قضاء القاضي ترجح كما ترجح بينة ذي اليد قلت هذا جواب منه على
أحد وجهين سبقا عن ابن سريج في الترجيح بحكم الحاكم ولم أر ترجيحا ○ لو أقام
مدعي الوقف البينة وقضى له القاضي ثم أقام ذو اليد أو وارثه البينة أنه كان وقفه
لولده قبل دعوى مدعي الوقف لا تسمع لأن الحكم بالوقفية نافذ على الأب والولد
جميعا وكذلك بعد ما قضي بالوقف جاء أجنبي وادعى أنها ملكه وأقام البينة فحكم القاضي

بالوقف مقدم ○ شخص بالغ في يد شخص يستخدمه مدة بحكم الرق ويتصرف
فيه تصرف الملاك رأيت للشيخ القفال أنه إذا ادعى أنه حر الأصل أنه
يقبل قوله ولو ادعاه آخر فليس لمن رآه في يده أن يشهد لذي اليد بالملك بخلاف
العقار لأن الأصل في العقار الملك والأصل في الناس الحرية قال البغوي وعندي
أنه كالعقار لا يقبل قول العبد إذا طالت مدة تصرفه تصرف الملاك كالصغار
وكالعقار بل هذا أولى لأن الصغير لا قول له وحكمنا له بالملك لطول مدة تصرفه
مع أن أصل الناس الحرية فالبالغ الذي له قول إذا استخدمه يتصرف فيه
تصرف الملاك ولم يدع الحرية أولى أن لا يقبل قوله يدل عليه أن اللقيط إذا كان
لقيطا فادعى الملتقط رقه لا يقبل لأنه في الأصل على الحرية ولو بلغ حدوث
يد عليه بغير سبب الملك ولو رأينا الشخص في يد يستعمله مدة على يديه فادعى
العبد حرية الأصل فالقول قول العبد مع يمينه ولو لم يدع العبد الحرية وادعى
إنسان آخر أنه عبده فالقول قول من في يده كالعقار ولو قال العبد أنا لفلان لا
يقبل قوله لأنه أقر بالملك والرق فيكون لمن في يده انتهى قلت وما ذكره
في البالغ غريب لو انفق ما سبق عن شرح الروياني عند الكلام في المسألة من الكتاب
والمشهور أنه إذا لم يحصل من البالغ اعتراف لذي اليد بالملك ولا لمن انتقل منه
إليه ولا عرف سبب يده في الأصل أنها عن ملك من سبي وغيره أن القول
قول البالغ في حريته وقد يربي الإنسان اليتيم ويستخدمه الزمن الطويل أنواع
الاستخدام وقد يستأجر الحر الزمن الطويل ويتصرف في منافعه تصرف السادات
والله أعلم ○ ادعى دارا بيد إنسان وأقام بينة أنها ملكه فأقام ذو اليد بينة
أنها ملكه اشتراها من فلان وكانت ملكا له يوم البيع يحكم لذي اليد فلو
أقام المدعي بينة أنها كانت مغصوبة في يد من اشتراها منه لا تسمع قلت
وفيه نظر والمتجه سماعها لأن الظاهر أن بينة ذي اليد إنما شهدت لبائعه بالملك
بناء على ظاهر اليد التي قامت البينة أنها كانت يد غصب فليتأمل قال ولو
أراد إقامة تلك البينة أو بينة أخرى على أن من اشتراها ذو اليد منه أقر
بأنه غصب مني تلك الدار وباعها فلي عليه قيمتها بسبب إتلافه علي بالبيع لا تسمع

لان بينة ذي اليد اثبتت الملك لذي اليد ولبائعه بعد اقامة المدعي
البينة فكان اولى **قلت** وهذا اشكل ايضا وكيف لا يلزم من
اقراره اتلف مال الغير او حال بينه وبينه ببيع باطل واقراره على نفسه اولى
من بينة ذي اليد بالنسبة الى تغريم المقر والعلم عند الله ٥ شهدوا انه باعه
ولم يسموا لكم باعه قال وجب ان يحلم اذا قالوا هذا اليوم ملكه وفي نسخة هذا
السي ملكه وربما سبق ما يتنازع فيما ذكره ٥ ادعى عينا فانكر المدعى عليه فقال
المدعي الي براءة عن هذه العين فلا دعوى لي فيها ثم بدا له ان يدعي قال
يسمع لان البراءة عن العين لا تصح وقوله لا ادعي لي فيها مبني على البراءة ٥ ترك
ابنين ودارا فباع احدهما نصيبه ثم مات فادعى اخوه ميراث الدار عن ابيه
واخيه فاقام المشتري بينة على شراء نصيب الاخ منه فاجاب بان اخي كان يوم
البيع صغيرا فقال المشتري بل كان كبيرا صدق الاخ بيمينه **قلت**
وكانه جواب على تصديق مدعي الفساد دون مدعي الصحة ٥ اقر بالرق لانسان
وشهد اثنان على حريته قال يحكم برقه لانهما يشهدان على حريته من حيث
الظاهر وهو اعلم بحاله كما لو شهد اثنان على رقه وآخران على حريته كان رقيقا
قلت سبق نقل الخلاف في هذا الفرع المستشهد به واقتضى ايراد
الهروي ان الجمهور على الحكم بحريته وقوله من حيث الظاهر يشعر بانهما لو بينا
انه حر الاصل من جهة اصله واوضحا الحال انه يحكم بحريته ويرد اقراره وهو
ظاهر قال فاما لو شهد اثنان انه اعتقه والعبد يقر بالرق فالعتق اولى كما ان
شهادة العتق اولى من شهادة الرق وان كان المقر له غائبا يحكم برقه حتى
يحضر ويسأل او ان كان المقر له ساكتا فيسأل ٥ ادعى ان جده وقف عليه دارا
ثم على الفقراء واقام ذو اليد بينة انه اشتراها من ام المدعي او من غيرها بتاريخ
كذا يحكم لصاحب اليد **قلت** وفي هذا الاطلاق نظر ولا خفاء انه
لو شهدت البينة للواقف بالملك لما وقفه الى حين الوقف واطلقت بينة
المشتري الشراء ان بينة الوقف مقدمة ولو كان الامر بالعكس قدمت بينة
الشراء قال فلو اقام المدعي البينة ان الام البائعة كانت قد اقرت قبل تاريخ

ما بينا ذلك يحكم بالوقف ويرجع ذو اليد بالثمن على البائعة فلو رجعت
احدى البينتين بعد الحكم بالوقف قال ينظر ان رجع شهود اصل الوقف
لا يرد الوقف ولا غرم على الشهود برجوعهم لان البينة قد قامت على اقرار
البائعة التي كانت اليد لها بالوقف وكذا لو رجع احد شاهدي الاصل لا غرم
عليه اما لو رجع احد شاهدي الاقرار بعد الحكم بالوقف فعليه نصف الغرم
للبائعة وان رجعا فجميع الغرم لان الحكم وقع بهما والمشتري قد استرد الثمن
منها قال ويجوز ان يقال يغرم الشاهد لصاحب اليد وهو يرد الثمن الى البائعة
٥ باع دارا فغصب من المشتري فادعاها المشتري على الغاصب فهل للبائع
ان يشهد للمشتري بالملك قال ان شهد له بالملك مطلقا قبل وان علم القاضي
انه باعها لا ترد شهادته لكن من راى شيئا في يد انسان مدة يتصرف فيه تصرف
الملاك له ان يشهد له بالملك مطلقا ولو علم القاضي انه يشهد له بظاهر اليد
لم ترد شهادته وان كان لو صرح به لا يقبل **قلت فيه نظر** والفرق
ان البائع متهم في شهادته للمشتري منه بخلاف الشاهد لذي اليد والتصرف
بالملك نعم لو علم القاضي ملكية البائع للدار المبيعة حسن القول بالقبول اما مع
انطواء الحال عنه فلا ٥ ادعى دارا في يد انسان ان اباه اصدقها امه منذ عشرين
سنة وماتت فورثها واقام عليه بينة فاقام ذو اليد بينة انه اشتراها من ابيه منذ
عشر سنين قدمت الاولى لسبق التاريخ واتفاقهما على اثبات الملك للاب فلو اقام
ذو اليد البينة ان الام اختلعت نفسها على تلك الدار فعادت الدار الى الاب فباعها
مني فبينته مرجحة فلو اراد الخارج اقامة على ان الاب كان اقر انها كانت ملكا
لامه حتى ماتت هل يكون دفعا لبينة ذي اليد قال لا يكون دفعا لانه لما ثبت
بيعه بالبينة يكون اقرارا باطلا في ملك الغير ولو اقام البينة انه كان اقر قبل
ان باع من ذي اليد انها كانت ملكا للزوجة يوم ماتت وصارت ملكا للورثة يسمع
ويكون دفعا ولو ان البينة الاولى التي شهدت على الاصداق والملك لها الى
الموت اعادت الشهادة على اقرار البائع قبل البيع للام بالملك لا يسمع بخلاف ما لو شهد
غيرهم لانا نحمل شهادة الغير على ملك جديد حصل للام بعد الخلع فيكون ناقلة

للملك عن الاب بعد الخلع ولا يمكن هذا التقدير في حق البينة الاولى لانهم
شهدوا في الابتدا على الاصداق والملك لي الموت فلا يمكن تقدير ملك جديد
فيكون مضاده للشهادة الاولى فلو اقام الخارج شاهدين اخرين ان
قد اقر قبل البيع بالملك للزوجة او للابن وحكمنا فاقام ذو اليد بينة ان
الابن قد اقر بعد البيع انه ملك للاب وانه لاحق فيه ولا دعوى يكون دفعا ولو
اعادت بينة الخلع شهادتها وشهدا على الاقرار تقبل بخلاف بينة النكاح اذا
شهدت على اقرار الاب لا تقبل لانهم سطلوا بحد الخلع لشهادتهم اذ لا يمكن
حمل شهادتهم على سبب جديد لانه يكون مضادا والخلع لا يزيد بقولهم لان
الاب لو كان حيا لكان لا يزيد الخلع بقوله وهنا بينة الخلع اذا اعادت الشهادة
على اقرار المدعى تسمع لانها تشهد على رد الابن اقرار الاب ورده يزيد اقرار الاب
ه ادعى انه اشترى دارا من زيد منذ عشر سنين فاقام ذو اليد بينة انه
اشتراها من عمرو منذ خمس سنين فبينة ذي اليد اولى فلو اقام الخارج بينة
ان عمرا كان قد اقر قبل بيعه انه اشتراها من زيد منذ سنتين يكون دفعا وبقضى للخارج
لانه يثبت ببينة الثانية ان عمرا اشترى من زيد بعد شرى الخارج فالسابقة
اولى ه ادعى دارا في يد انسان فانكر وقال الدار ملكي فاقام المدعي بينة ان
المدعى عليه كان قد استباع من وكيلي هذه الدار فهو اقرار لي بالملك فشهد احد
الشاهدين على هذا فقبل ان يشهد الاخر قال المدعى عليه هذه الدار ليست
لي بل هي لزوجتي او في يد زوجتي قال لا يبطل بهذا دعوى المدعي وعلى الحاكم
ان يسمع شهادة الثاني ويحكم للمدعي بالدار ثم الزوجة لدان تدعي على المحكوم
له **قلت** ويحتمل انها اذا صدقت ان تنقل الخصومة اليها ويستانف
المدعي الدعوى واقامة البينة وقد ذكر بعد هذا انه لو ادعى دارا في يد انسان
فانكر فاقام المدعي بينة في وجهه وعدلها فاقر المدعى عليه بالدار لاخر قبل حكم
الحاكم للمدعي للمدعي ببينته هل يحكم ام لا بد من اعادة البينة في وجه المقر له قال
ان علم القاضي انه متعنت في اقراره حكم بتلك البينة ولا يجب الاعادة وان لم يعلم
يعيد المدعي البينة على وجه المقر له **قلت** يعيد الدعوى والبينة جميعا

٥ فا

١٢٦

قال الدواب التي بيد فلان ملك فلان فسمعه اثنان ولا يعرف الشاهد
عددها ولا وصفها ثم ادعى المقر له عند القاضي دواب معينة واقام بينة
انه كانت في يد المقر يوم الاقرار وشاهدا الاقرار شهدا كما سمعا قال لا
تسمع هذه الشهادة الا ان شهدا قبل ان يغيب عن بصرهما اي الدواب المقر
بها وفيه اشكال ه اشترى عبدا ثم باعه ببلد اخر ثم خرج حرا وحكم بحريته
ثم خرج المشتري الى بلد البايع وادعى انه اعليك مائة دينار من ثمن ادمي
بعينه فخرج حرا ولم يصف ولم يعين فهل يسمع الدعوى قال يسمع اي لغرض التحليف
واما الاقامة البينة بما اتفق فلا الا ان يكون الشهود يعرفون العبد وشاهدوا
الحكم بحريته كما سبق بيانه ه وذكر الرافعي هنا عن فتاوى البغوي ثلاثة
فروع **الاول** ادعى نكاحها فاقرت بانها زوجته منذ سنة ثم اقام
اخر بينة انها زوجته نكحها منذ شهر حكم للمقر له لانه يثبت باقرارها النكاح
له فان لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني **الثاني** انه لو تحاكم رجل
وامراة بكر الى فقيه ليزوجها به وجوزنا التحكيم فيه فقال المحكم حكمتني لازوجك
بهذا كان سكوتها اذنا كما لو استاذنها الولي فسكتت **قلت** ان
كان سبق منها التحكيم باللفظ فقريب والا ففيه نظر وسبق الفرع هناك **الثالث**
حضر عند القاضي رجل وامراة واستدعت تزويجها به فقالت كنت زوجة فلان
فطلقني او مات لا تزوجها ما لم تقم حجة بالطلاق او الموت انتهى وحكى هناك
في هذه الصورة خلافا اشبعنا القول فيه فراجعه هذا ما تيسر انتخابه من فتاوى
البغوي وشيخه القاضي وشيخه القفال غير ما سبق مفرقا في الابواب وكثير
منه مكرر ولكن في تكراره فوايد جمة ه ورايت من جمع فتاوى البغوي [جمع]
واحسبه تلميذه ادرج فيها مسايل نسبها الى فتاوى محمد بن جعفر الاصحابي
الدبيلي فمنها جا رجلان الى الحاكم بامراة فادعى احدها انها زوجته واقام البينة
وحكم الحاكم له بالزوجية وادعى الاخر انه اشتراها وهي مملوكة واقام البينة وحكم
الحاكم له ثم ادعت المراة انها مملوكان لها واقامت البينة على ذلك وحكم الحاكم
بذلك فانى تتصور هذه المسالة الجواب ان رجلا تزوج امة لعدم الطول ولولدها

بنتا ثم صار غنيا وصار له عبيد فاذن لبعضهم ان يتزوج فتزوج هذه الابنة
ثم اذن لعبد في شرى امة فذهب واشترى هذه البنت لعتقه في الحال بالشرى
على مولاه وهو ابوها لان ما اشتراه العبد من مال مولاه لمولاه ثم توفي ابوها
فورثت السيد العبدين جميعا فانفسخ نكاحها لانها قد ملكت زوجها والله اعلم
فرع قال الرافعي سئل الشيخ ابو اسحق الشيرازي رحمه الله عن
رجلين تنازعا حصة ادعى احدهما انها ملك له واقام بينة به وادعى آخر انها وقف
ولم يقم عليه بينة فحكم الحاكم لمدعي الملك ثم تنازع فيها مدعي الملك وآخر يدعي
وقفها فاقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك فيها واقام مدعي الوقف
البينة على الوقفية فرجح الحاكم بينة الملك ذهابا الى ان الملك الذي حكم به
مقدم على الوقف الذي لم يحكم به ثم تنازع مدعي الملك مع آخر يدعي وقفها فاقام
مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك وتقديم جانبه واقام الاخر بينة على
ان الوقف الذي يدعيه قد قضي بصحته قبل الحكم بالملك وترجيحه على الوقف
هل يرد حكم الحاكم بذلك فقال نعم تقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك وينقض الحكم
بالوقف الحكم بالملك ٥ وسئل عمن اشترى ضيعة وتصرف في ريعها مدة ثم خرجت
الضيعة وقفا وانتزعت هل عليه اجرة المثل للمدة التي كانت في يده فقال نعم
وسئل عن رجل وقف ملكا واقر ان حاكما حكم بصحته ولم يسم الحاكم ولا عينه
ثم رجع عنه ورفع الامر الى حاكم يرى جواز الرجوع فهل له الحكم بنفوذ الرجوع فقال
لا انتهى **فصل قال الرافعي وفي فتاوى الغزالي انه**
اذا ادعى دارا في يد غيره فقال المدعى عليه اشتريتها من زيد فاقام المدعي بينة
على اقرار زيد له بالدار قبل البيع واقام المدعى عليه بينة على اقرار المدعي لزيد بالدار
قبل البيع ولم يعرف التاريخ تقر الدار في يد المدعى عليه **وانه اذا خرج**
المبيع مستحقا فادعى المشتري الثمن على البائع وقال سلمته اليه في مجلس العقد
فانكر واراد اقامة البينة على انه لم يقبض منه شيئا في مجلس العقد لم تسمع هذه البينة
لانها على النفي وانما تسمع البينة على النفي في مواضع للحاجة كالاعسار وقد يقع التسليم
على غفلة منه في لحظة يسيرة **قلت** ان كان قد اقام بينة عليه بقبض الثمن

فلا تعارضه بينة النفي وان اقامها على اقرار بقبضه سمعت دعواه للتحليف
لا غير على خلاف فيه ولا تبطل البينة المذكورة والصحيح ان الشهادة على
النفي المحصور الذي يحيط به العلم مسموعة خلافا لما نسبه الامام الى الجمهور كما سبق
وصوب في الروضة على الغزالي فقال وما ذكره مردود والصواب ان النفي اذا
كان محصورا يحصل العلم به قبلت الشهادة به انتهى ويجب عندي ان يستفسر
الحاكم البينة في مسئلتنا ويسالهم عن طريق علمهم بانه لم يدفع اليه الثمن في مجلس
العقد فقد رايت من نفسي شهادتي الجازمة بذلك باني لم اره اعطاه شيئا
وانه اذا ادعت امراة انه نكحها ثم طلقها وطلبت شطر الصداق
او انها زوجة فلان الميت وطلبت الميراث فمقصودها المال فيثبت بشاهد
ويمين وبشاهد وامراتين انتهى ولا يسلم هذا عن نزاع وقياس الغزالي ذلك
على مسئلة السرقة وتعليق الطلاق على الغصب فانه يثبت المال فيهما وان لم تقطع
السارق ولا يوقع الطلاق فيه نظر لان المال يثبت هناك وان لم يثبت السبب
بخلاف الارث فانه اذا لم يثبت الزوجية كيف يحكم لها بالارث والله اعلم
ومن فتاوى الغزالي ايضا انهم لو شهدوا انه باع مكرها ولم يتعرضوا
لصفة الاكراه التي كان عليها حالة البيع فان جوز القاضي ان يشتبه الامر
عليهم فيه فله السؤال عنه واذا سالهم فعليهم التفصيل وان علم انهم عالمون
بحد الاكراه ولا يشهدون به الا عن تحقيق فله ترك سؤالهم **قلت**
وكذا حكي عن فتوى ابن الصباغ وصاحبه ابي بكر الشاشي والمختار وجوب الاستفسار
الا ان يكون الشاهد عالما موافقا للقاضي في المذهب كما سبق مرارا لان
اكثر الناس يظن ما ليس باكراه اكراها وقال الديبلي لو شهدوا انه كان مريضا
صحيح العقل في حال وصيته وقال آخران بل كان زايل العقل في حال وصيته فالبينة
اولى كما قلت فيمن تشهد انه باع مكرها انه اولى ممن تشهد انه باع طايعا لان
الاكراه علم زايد واذا شهد بزوال العقل والاكراه وجب ان يستفسر الجميع ثم
يحكم بذلك انتهى ويتضح استفسار الفقيه الموافق اذا كان في المسئلة خلاف
مذهبي والترجيح مختلف فيه والقاضي اهل للنظر والترجيح **وانه اذا خرج**

المبيع مستحقا وقد بني وغرس فكلف القلع رجع بارش نقصان البناء تغليبا
للتغرير ولا يرجع بنقصان قيمة الشجر بالقلع فان القلع فوت عليه ما كان
يتوقع حصوله من الارض فلم يحصل لما قلع وانما يرجع بما له جبره وذلك المال
غير مستفاد من الارض وزيادة الشجر مستفادة من الارض ولم يسلم
عاقبته نعم التلفيق بين النقصان وبين الارض يقتضيها القدر والتفريق
ينقص ذلك فيرجع بذلك القدر وان طولب باجرة الارض في مدة الغراس فله
الرجوع بالاجرة تغليبا للتغرير كقيمة الولد ان لم يحصل له من الغراس شيء وان
حصل فتشبيهه بالمهر اولى ثم سوا النظر في مقدار الحاصل ونسبته الى الاجرة
قلت وكلامه في ارش الغراس مظلم وسبق عن فتاوى القفال ان على
البايع ما بين قيمة البناء ثابتا ومقلوعا وما بين قيمة الاشجار ثابتة ومقلوعة
كما لو غرس في ارض غيره باذنه والله اعلم وانه لو ادعى عليه عشرة دنانير
فقال صدق له علي عشرة فوارط لزمه عشرة دنانير وقوله صدق يرجع الى
مقصود الدعوى وليس له التعيين بعد قلت وحكى هذا عن فتوى ابن
الصباغ والشاشي وانه لو طلب الشفعة فقال المشتري كان
الثمن جزافا لا اعلم قدره فاحضر الشفيع شاهدين فقالا احضرنا العقد وكان
الثمن الف درهم معينة وقدرا من الدراهم لا نعلم قدرها تحديدا الا انها دون
العشرة فقال الشفيع انا ازن الفا وعشرة فاذا وزنها وجب تسليم الشقص
اليه ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة وعليه ان ينقص على ما يسلمه قلت
وبهذا افتى ابن الصباغ واجاب الشاشي بانه لا يثبت العقد وصوابه
وانه لو اشهد عليه انه وقف جميع املاكه وذكر مصرفها ولم يحد منها شيئا
صارت وقفا بهذا القول ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر
الحدود ومهما شهد الشهود على هذا اللفظ ثبت الوقف قلت ووافقه
الشاشي وفي كلام الغزالي رمز الى حمل ذلك على العقار خاصة واللفظ
اعم فقد يقال يدخل فيه كلما يصح وقفه من المنقول الذي كان في ملكه حالة اللفظ
الا ان يقال لفظ الاملاك صار في العرف للارض والبناء فيترك اطلاقه على

العقار خاصة اذ لا يفهم اهل العرف من قول القايل زيد صاحب الاملاك
الا انه صاحب عقار من اراض ودور ونحوها وانه لو كان في يد
بعض الورثة عين فادعى الباقون انها تركة فقال ذو اليد ان ابي وهبها
مني في حياته واقبضنيها فاقام بقية الورثة بينة بان الاب رجع فيما
وهب لابنه واشهدنا على نفسه بذلك من غير ان يذكر ما رجع فيه لم ينزع العين
من يده بهذه البينة مع هذا الاحتمال لا سيما اذا احتمل ان تكون الهبة بعد
اشهاد الاب على ما اشهد عليه قلت وهذا مشكل وكان الغرض ان
الورثة صدقوه على الهبة والاقباض او اقام بهما بينة والا فهو
مدع انتقالا اليه من الاب والاصل عدمه ويظهر انه اذا لم يمكن احداث
هبة واقباض كما لو قال قبل موته رجعت فيما وهبت من ابني فلان ان
يكون ذلك دفعا وانه لو مات عن اخ لاب وعن ام تحت زوج غير
الاب فوضعت حملا لاكثر من ستة اشهر من حين موت المورث وادعت
انه كان موجودا حال موت اخيه وشهد اربع نسوة انها اذ ذاك كانت حاملا
فينبغي ان يقبل هذه البينة والحمل يعرف وان كان لا يمكن معرفته انكار
للمشاهدة قال وينصب الحاكم عن الصبي باسا في الخصومة ولا يؤخر الى بلوغه
قلت سماع الشهادة بالحمل مسطور ذكره القفال وغيره وكان
الغرض ان يشهدن بالحمل وولادتها هذا الطفل والا فمجرد الشهادة بالحمل
لا يكفي فيما يظهر والله اعلم وانه لو حكم القاضي بشهادة شاهدين ثم
قال بعد ذلك قد بان لي انهما فاسقين حين الحكم من غير ان يذكر ان بينة شهدت
عنده بفسقهما هل ينقض الحكم اجاب بانه اذا لم يتهم في قضايه بعلمه فلا نتهمه
في ذلك ايضا ويمكنه منه وانه لو قال كنت عالما بفسقهما وانما اكرهني السلطان
على الحكم بشهادتهما قبل قوله بلا بينة تشهد بالاكراه وانه لو اقاما
الشهادة على شخص معتمدين على الاسم والنسب فقال الشخص انا موافق في
الاسم والنسب غير اني لم اشهدكما فقالا لا عرفنا اباه فلان فكذبهما المعرف
وقال لم اعرفكما شيئا لم يحكم بشهادتهما قلت وكذا لو صدقهما المعرف

فيما يظهر على المذهب **وانه** لو شهدا عند الحاكم بشهادة قديمة
ولم يعلم من حالهما لا يشهدان الخط وهما ذاكران للتحمل فراى الحاكم
سوالهما عن ذلك لزم الجواب لدفع الارتياب **قلت** ويتعين
السوال في كثير من المسايل لاسيما اذا كان الحكم على من لا يعبر عن نفسه
لموت او غيبة او صغر او جنون او جهة وقف ونحوها فاكثر شهود العصر
يشهدون على خطوطهم في المساطير من غير تذكر للوقايع جهلا والله اعلم
وانه لو اقر ان اباه يستحق عليه الانفاق الى ان يموت بحق واجب
ثم امتنع وقال انما قلت ذلك لانه كان اذ ذاك فقيرا وقد استغنى فقال الاب
بل اخذت مني عوضا فرده على فانكر صدق الابن اي بيمينه والله اعلم

فرع في مسايل منثورة من روضة الحكام وبما سبق بعضها

منها شهدا بدار وبحدودها وقالا رايناها فقال الخصم لم يرياها قط لم يقبل
منه فان سال القاضي ان يبعثهما مع امين حتى يعيناها اجابه اليه فان امتنعا
وقالا لا نعرفها ولم نحضرها لم يجبرا عليه وقال بعض اصحابنا ان استرابهما الحاكم ردها
بعينهما والا لم يحكم بشهادتهما **قلت وهذا ارجح** ۝ وان شهد بارض وحدد
ثم بان الخطا في الحدود فقال الشاهد انا احضرها واعينها فقيل يسمع منه
ولا يبطل شهادته بالخطا وقيل تبطل ولا يقبل تعيينه فلو رجع وقال كنت
غلطت في الاول فقد قيل تقبل وقيل لا تقبل وقيل ان غلط بحد
واحد جاز ان يعيد الشهادة ويذكر الحدود وان كان باكثر لم يجز قال جدي
وفيه نظر **ومنها** اذا حكم الحاكم لزيد بدار فقال بعض اصحابنا له
المطالبة بكري مثلها من الوقت الذي حصلت في يد الخصم الى انتزاعها منه
وقال بعضهم لا يلزمه كري المثل لجواز ان يكون ملك المحكوم له حدث قبيل
شهادة الشهود وان اختلفا في المدة فالقول قول المحكوم عليه وقيل هل للمحكوم
له مطالبة من كان في يده قبل وصول الشي الى يد المحكوم عليه بكري المثل وجهان
احدهما لا لاحتمال ان الملك حدث له بعد زوال يده والثاني له ذلك كما له مطالبة
المحكوم عليه **ومنها** قدم بلدا فاستاجر دارا فقيل له هذه دار ابيك ورثتها عنه

فادعاها ففي سماع دعواه وجهان **قلت الظاهر** السماع قال وكذا
لو اشترى جارية مسمعة فحمل نفاسها ثم قال هي جاريتي ولم اعرفها للنقاب
وهذا اذا قلنا طلب الابتياع متاع من رجل اقرار به وسواه الوجهين **قلت**
وهو المرجح قال وعلى هذا الخلاف لو اقر لرجل بملك ثم ادعاه وقال كنت
ذكرت ذلك على قوله وكيلي **فرع** في الدعوى من وجهين ادعى دارا
وان اباه مات وتركها ميراثا له ثم اقام بينة انه اشتراها من ذي اليد لم يقبل نص
عليه **قال** وانه لو ادعى عبدا في يد رجل انه تصدق به عليه منذ
سنة وانه قبضه واقام بينة انه اشتراه من ذي اليد واقام بينة على الصدقة
ولو ادعى انه تصدق به عليه منذ سنة ثم اقام بينة انه اشتراه منه منذ شهر
وقال جحدني الصدقة فاشتريته منه قال جدي لا يقبل لان الصدقة اذا
صحت لم يجز الشرى وقال ابو ثور تقبل وكذا لو ادعى الشرا منه منذ سنة
وقال جحدني فصالحته فتصدق علي بعد ذلك واقام بينة عليه نظر الحاكم
فيه فان كانا تفاسخا العقد الاول قبلت والا لم يقبل وحكى جدي عن بعض
اصحابنا انه لا يقبل البينة على الاطلاق بلا تفصيل وعن بعضهم انها يقبل
وانه لو ادعى ان هذا العبد لفلان وانه وكله في الخصومة ثم قال بعد ذلك
باعه من فلان وهو ملكه ووكلني المشتري في الخصومة فيه واقام عليه بينة
قبلت وحكم بالبينة للموكل الآخر قال جدي وقيل لا يقبل منه ذلك **وانه**
لو ادعى انه لفلان وانه وكله بالخصومة فيه ثم قال بعد ذلك هو لي اشتريته
من موكلي واقام عليه بينة قبلت منه **قلت** يجب ان يكون محل القول
اذا تخلل زمن يمكن فيه الشرى من الموكل ولو ادعى انه لفلان وانه وكله
بالخصومة فيه ثم قال بل لفلان آخر وانه وكله بالخصومة فيه فقد قيل يقبل
لان الشي يكون لواحد ثم ينتقل الى غيره وقيل لا يقبل والاصل ان التلفيق
اذا امكن فهل يلفق وجهان وان لم يمكن لم يصح الدعوى الثانية والبينة
انتهى **فرع** فيما يتناوله الدعوى والبينة دارا طبقات فادعاها
مطلقا واقام بينة عليها حكم بالطبقتين جميعا ولو ادعى بيتا او منزلا مطلقا

واقام بينة فقد قيل تدخل الطبقة الاولى دون الثانية وقيل يدخلان
في الدعوى سواء كانت باسم الدار او باسم المنزل او باسم البيت والكلام
في الاسحار والبساتين كالكلام فيما يدخل في البيع قال شريح وقد شرحته
في مصنفاتي انتهى **فرع شهدا بالمال** واخران بالابراء فشاهدا
الابراء اولى ان اطلقا وان وقتا فالاخير اولى وان اطلقت بينة وارخت
الاخرى فعن ابن ابي هريرة ان بينة البراءة اولى لانها انما تكون بعد الوجوب
قال شريح ويحتمل ان يجعل كما لو ذكرا وقتا واحدا فيتعارضان **قلت**
محل التوقف على هذا الفرع ما ام سوى صورتها انه اقر له بالف درهم في يوم
كذا واقام بينة بذلك فاقام الخصم بينة ان المدعي اقر في ذلك اليوم بعينه
انه لا يستحق قبل المدعى عليه دعوى ولا طلبة فتوقفت ولم افت فيها بشيء ثم
رايت ابن الصلاح افتى في هذه الصورة بان بينة الاقرار بالدين المثبتة
تقدم وسياتي عنه قال شريح ولو شهد شاهد بالمال ثم بالابراء فهذا
رجوع عن شهادته قال ابو عاصم العبادي ان الشهادة في الاقرار وديعة
وهذا الشاهد في الابراء يحلف معه **فرع شهد اثنان** ان المشتري سلم الشقص
الى الشفيع وشهد آخران بالعكس فاقوال لابن سريج ثالثها ترجيح من الشقص
في يده ووجه الهروي تصديق المشتري بانه يحتمل انه سلم الشقص الى الشفيع
ولم يعلم العفو الصادر منه والاصل بقاء ملكه ووجه ترجيح تصديق الشفيع
بان فيه جمعا بين البينتين وان الثبوت له تعين وقد وقع التردد في سقوطه
انتهى وقال المصنف في اصل الروضة هناك اقام المشتري بينة بعفو
الشفيع واقام الشفيع بينة بالاخذ بالشفعة والشقص في يده فهل بينة
الشفيع اولى لقوتها باليد ام بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو وجهان
اصحهما الثاني **فرع من الاشراف** عبد اقام بينة بان سيده
اعتقه وكان ملكه يوم الاعتاق واقام السيد بينة انه باعه من فلان وكان
ملكه يوم البيع تعارضتا وغلط من قال من اصحابنا بينة العبد اولى لانه في
يد نفسه فاليد مختلف فيها ان سبق تاريخ فالاسبق اولى اذا لم يكن في

البينتين

البينتين اثبات الملك في يوم التصرف وان كان فيها اثبات الملك
والاعتاق سابق تعارضتا قال الهروي ولم يرد المصنف على هذا ويحتمل
ان يخرج في هذا الموضع قول ان السابق اولى وقول ان البينة الاخيرة اولى
اذ فيه تصديق البينتين فانه يحتمل انه باعه ثم اشتراه ثم اعتقه انتهى
فروع منتخبة من ادب القضاء لابي الحسن الدبيلي
بنى على الخلاف في افتقار الهبة الى القبول ما لو ادعى عليه مائة فقال ابرأتني
منها فقال ابرأته فلم يقبل البراءة جوابا للكلام فان قلنا بذلك لم يصح كالهبة
ولو ابرأه فقال لا اقبل لم تصح البراءة والاصح لا لانه في التقدير يقول ابطلت
حقا لي عليك ولو قال لا حق لي عليك ثم ادعى عليه فاقام بينة على
اقراره بذلك سقطت دعواه فكذلك في البراءة ○ ادعت صداقها فقال الزوج
قد ابرأتني منه فقالت ابرأته ولم اعلم مقدار الصداق نظر فان كان الاب او
الجد عقد عليها وهي صغيرة وادعت انها لم تعلم صدقت بيمينها ولم تصح البراءة وان
كانت حين العقد بالغة فالقول قول الزوج بيمينه في علمها بمقداره حين
ابرأته وفرق بان الصغيرة يعقد عليها بغير علمها بالصداق والكبيرة لا يعقد
عليها الا باذنها في الصداق **قلت** وهذا قد يظهر في الثيب دون
البكر المجبرة بل الاصل والغالب عدم استئذان البنت في مقدار المهر وعلمها
بمقداره سيما اذا زوجها الاب او الجد ○ ولو ابرأ عن دين ورثه عن ابيه وادعى
انه لم يعلم مقداره صدق بيمينه بخلاف ما لو اقرضه هو فان المصدق يمين المقرض
قال الشافعي رضي الله عنه ولو انه حلله حلالا من كل شيء وجب له لم يبرأ حتى
يبين فانه لم يعرف حلله من كذا الى كذا **قلت** ويؤخذ من النص ان لفظ
التحليل صريح في الابراء كما سبق انه الاصح وقد يؤخذ منه ان الابراء من العين
المبهمة لا يصح كما صححه المصنف ونازعناه والنص محمول على الابراء من المال والله اعلم
○ ادعى دارا في يد رجل واقام البينة انه اشتراها من رجل واخرج قبالة
مكتسبة بالشرى وان ذلك يومئذ في يد فلان البائع وملكه فشهدوا على
جميع ما في القبالة فان الدار بهذه الشهادة لا تثبت ملكا للبائع حين باعها لان

القبالة ملتبسة على اقرار البائع والمشتري فشهدوا بما سمعوا منهما فلا يثبت
بقولهم ملك البائع حتى يشهدوا انا نشهد انه يوم باعها كانت ملكا له وهذا
علم آخر لبس في القبالة واما اذا شهدوا بنفس الصك لم تسمع من جهة الملك
ادعى ان اباه اوصى له بالدار الفلانية وهي تخرج من الثلث واقام على
ذلك البينة لم تسمع حتى يشهدوا انها كانت ملكه يوم اوصى وقبل وما خرجت
عن ملكه ولا نعلم رجوعه عن هذه الوصية ولا غيرها بادخال الغير معه في ذلك
فان علموا قبول الوصية شهدوا فقالوا وان فلانا الموصى له قبل هذه الوصية
عند ما بلغه موته فلم يقم من مجلسه حتى قبلها فيحكم له بذلك **قلت** والظاهر
انه لو قامت بينة غير من شهدت بالوصية بانها كانت ملكه قبل مرضه وان
ملكه لم يزل عنها الى ان مات او لا نعلم له مزيلا الى موته انه يحكم للموصى له بها بالبينتين
وان اقتصرت الاولى على الشهادة بالوصية فقط اذ الاصل عدم رجوعه
فتأمله ۝ لو قال انا وفلان شريكان في هذه الدار او في هذا المال فالظاهر
انه بينهما نصفان فلو قال بعد ذلك ان للمقر له الربع او الخمس او العشر من
اصحابنا من قال يسمع ويحلف معه لان ذلك محتمل قال والظاهر الاول **قلت**
هو المشهور عن الجمهور والمختار الثاني لان غالب الناس يطلقون هذا
اللفظ لمن له ادنى جزء من المقر به فيقول القائل زيد شريكي في كذا وعمرو شريك زيد
في كذا ويريدون به اصل الشركة وان تفاوتت الاجزاء ويشبه انه لو قامت بينة
بان زيدا وعمرا شريكان في هذا او هو مشترك بينهما ان البينة تستفسر
عن مقدار الحصص فان لم يكن عندها بيان والعين بيدهما جعل بينهما بالسوية
او بيد احدهما فهل يرجع في بيان مقدار نصيب الآخر اليه او يقضي بالتنصيف فيه
نظر عندي والعلم عند الله ۝ ادعى عليه الفا فقال له علي الف عن بيع ولم يزد
على هذا لم يلزمه شيء الآن يقول عن مبيع قبضته كما لو شهدوا انه ذهب منه كذا
لم يقبل حتى يقولوا وقد قبله وقبضه ولو شهدوا ان عليه تسليم الف الى فلان
من بيع صح فلو قال المقر لم اقبض المبيع لم يقبل منه لان قولها عليه تسليم ذلك
شهادة بانه قد قبض وكذا لو قال لفلان علي تسليم الف عن بيع ثم قال لم اقبض

المبيع لم يسمع منه **قلت** قوله في الصورة الاولى لم يلزمه شيء فيه نظر
لانه مقر له بالف عن بيع فطالب به فان ادعى انه لم يقبض المبيع صدق بيمينه
واحسب هذا اراده وفي قبول الشهادة بالتسليم نظر سيما من العامي او ممن يرى
اجبار المشتري على دفع الثمن اولا فتنبه لا الاستفسار وذكر انه لو ادعى انه
اشترى منه كذا بكذا فانكر فاقام البينة حكم عليه بالثمن وللمدعى عليه بالمبيع
وان كان لا يدعيه **قلت** في الحكم له بالمبيع وهو ينفي ملكيته نظر ولا
يتبين اجباره على تسلمه سيما ان كان فيه حيوانا مثله **وانه** لو باع عبدا ثم ادعى
انه كان اعتقه لم يقبل منه فان اقام بينة فسخ البيع لان الدعوى ليست لحقه
بل لحق العبد **وانه** لو باع دارا ثم قال هي وقف على ابني لم تسمع فان اقام
بينة سمعت ونقض البيع لان الحق ليس له بل لابنه **وانه** لو باعها ثم ادعى
انها وقف عليه وعلى اولاده لم تسمع دعواه ولا بينته لانه مكذب لها كما قال
الشافعي اذا قال في المرابحة قامت علي بخمسين ثم قال قامت علي بمائة واقام بينة
لم تسمع لانه كذبها وهكذا قال في الشفعة ولو زعم انه اشتراه بالف فاخذ الشفيع
بالف ثم اقام البائع البينة انه باعه منه بالفين احدهما من المشتري ولا رجوع
للمشتري على الشفيع لتقدم اقراره بالشراء بالف فلو اقام المشتري البينة
بالشراء بالفين لم تسمع لما تقدم وسواء قال عند البيع هو ملكي وليس بوقف او لم يقل
بل باعها فان بيعه معناه انها ليست بوقف وانها ملك فاذا قلنا لا تسمع دعواه
لم يلزم المشتري الثمن وله ان يتصرف في الدار تصرف المالكين فاما اذا مات
البائع فصار الوقف الى اولاده فاقاموا البينة وانتزعوها ثم يرجع المشتري
بالثمن في تركة البائع ويرجع ورثة البائع على المشتري بالاجرة مدة كونها في يده
من وقت البيع الى يوم موت البائع **قلت** في رجوعهم بالاجرة نظر
ان كان الوقف مرتبا لان قضيته بيع ابيهم انه لا يستحقه ثم ان كان الوقف
مشتركا استحقوا اجرة انصبائهم واقام الحاكم من يدعي لهم بانصبائهم من
الوقف الاب او غيره وقد سبق عنه انه لو باعها ثم قال هي وقف على ابني ان
البينة تسمع منه لان الحق لابنه فقياسه انه اذا كان وقف تشريك ان تسمع بينته

بائعا او لا ده من غير احتياج الي نصب الحاكم والظاهر ان مراده وقف
الترتيب وقوله وسوا قال عند البيع هي ملكي ام لم يقل تقدم ما ذكره الروياني
في ذلك من التفصيل وانه المذهب الصحيح والله اعلم **وانه** لو طلق
ثلاثا ثم قال كان التزويج فاسدا لانه عقد بلا ولي او بلا شهود واقام بذلك
بينة نظر ان كان لم يعترف بانه عقد بولي وشاهدي عدل قبلت البينة ولم يقع
الطلاق وان سبق اعترافه نصا بانه عقد بولي وشاهدي عدل لم تسمع بينته
وليس له ان يجدد عقدها لتقدم اعترافه بما يكذب بينته فان قيل اطلق الشافعي
في مسئلة المرابحة عدم قبول بينته وفصلت انت في التزويج قال يقال الفرق
ان قوله تسعين صريح ثم صورتهبيه بقوله ثابتا بما به وقوله في الزوجة كان بلا
ولي لم يكذب نفسه وانما قال صفة التزويج انه من غير ولي تسمع منه ولم ينكر
الزوج ببينته ابتت شيا لم يتقدم اعترافه بخلافه مما اذا تقدم قوله
انه تزوجها بولي مرشد الاول انه لو اعترف ان عليه لفلان مائة قفيز حنطة
صفتها كذا محله كذا فلما طولب في محله قال ان السلم لم يصح لان ثمنه كان دينا
علي فجعله سلما واقام بذلك بينة قبلت وبطل السلم لانه لم ينكر السلم انما اثبت
صفة لعقد بان الثمن كان دينا بدين فكذا ما ذكرنا قال وكذا لو احتال عليه
بالف واشهد عليه ثم قال المحال عليه انه كان عن بيع فاسد واقام بينة قبلت
وبطلت الحوالة لانه لم يتقدم اعترافه ان الحوالة لانه لم يتقدم اعترافه ان الحوالة
عن بيع صحيح حتى لا تسمع بينته ٥ وكذا لو تقاسما ارضا وتساكنا بان لا حق لكل
واحد منهما فيما صار له بالقرعة لصاحبه ثم ادعى غلطا في القسمة واقام بينة بالغلط
نقضت القسمة وانه لو كان له عليه مائة درهم فقبضها وابراه ثم ادعى انه وجد
فيها زيوفا واقام البينة ان النقادين انهم نقدوها فوجدوا فيها الزيوف لم تصح
البراءة وكان له المطالبة بابدال الزيوف ولا يجوز ان يقال له اعترفت بالبراءة
فلا تسمع شهودك بل تسمع فكذلك ما ذكرنا قال وجملة هذا الباب انه اذا اقر
بشيء نص عليه البائع او المشتري او الزوجين ثم ينكر ما تقدم اعترافه به صريحا
واقام البينة بذلك لم تسمع ومتى لم ينص على شيء واقر ببيع او شرى او تزوج مطلقا

ثم ادعى صفة في البيع او الشرى او التزويج مما يوجب بطلان العقد لم يقبل
منه فان اقام بينة قبلت وابطل البيع والشرى والتزويج ولم يقع الطلاق
وجاز لها ان تجدد اعقد النكاح وهذا اذا اتفق الزوجان على ذلك فاما اذا انكرت
المراة ما شهدت به البينة لم يكن لها ان تنكحه وان اقامت المراة البينة بفساد
التزويج في الاصل والرجل ينكر لم يكن له تزوجها فان اقر بذلك فله ان يتزوجها
وانه لو حلف بالطلاق الثلاث لا يدخل الدار ثم اراد دفع الطلاق
فقالا كان عقد نكاحنا فاسدا لعدم الولي والشهود او قالا كان في العدة
وما اشبهه فلا يمكنهما دفع اليمين بالطلاق بقولهما هذا بل طلقا فيها واقف
على دخولها فمتى دخل وقع فان اقاما البينة او احدهما انه تزوجها وهي في العدة
فجدد نكاحهما صحيح وانعقد اليمين وكانه حلف قبل عقد النكاح **وانه**
لو ادعى انه قيمة الجارية المتلفة الف فقال الغارم بل مائة واقام على ذلك
شاهدا او احدا او بينا او شاهدا وامراتين قال ابو اسحق تقبل لان التقويم
ان كان طريقه طريق الفتوى فللنسا مدخل فيه وان كان طريقه ما يوجب المال
فكذلك وقال الثاني هذين هنا قسم آخر وهو ان طريقه طريق الحكم ولا مدخل
للنسا في الحكم قال ابو الحسن والاولى قول ابي اسحق ولو اقام كل واحد شاهدين
على ما يدعيه فاسقطنا البينتين فالقول قول الغارم بيمينه **قلت** القفال
بالتساقط عند اختلافهم في القيمة غريب **وانهما لو شهدا** انه غصبه كذا
او اتلفه عليه ولم يبينا مقداره فهل يقبل فيه وجهان والقول قول ابو حنيفة
قلت وعلى هذا يوخذ المشهود عليه بالبيان كما يوخذ المقر كما بيناه
في كتاب الاقرار والله اعلم

فصل في فروع متنوعة

من فتاوى ابي عمرو بن الصلاح رحمه الله ٥ باعه كرما فاستغله
سنين ثم انكر الشرى وحلف عليه فهل للبائع تغريمه ما استغل وقد انكر
الاستغلال فقامت بينة عليه به **اجاب** لا لانه بزعمه انما استغل ملكه
وهو انما يدعي الثمن لا غير وقد تعذر عليه بيمين المشتري فسبيله ان يفسخ البيع
هو الاظهر من الوجهين المسئلة بحالها كان على صاحب الكرم دين للمشتري فباعه اياه

به او بمثله ووقع التقاص ثم انكر المشتري الشرى كما سبق **قال** تتعين
ههنا الوجه الآخر من الوجهين وان البايع ببيع الكرم ليستوفي من ثمنه
ما اخذه المشتري الدّاين على جهة استيفا الدين ولا يكون له ذلك الا ان ياخذه
الدّاين وقبله لا يجوز اصلا **وانه لو فرض** الحاكم للطفل قدرا معلوما
لنفقته وكسوته واذن لحاضنه اما ابوه او امه او وصيه او قيم الحاكم في
استدانه ذلك وصرفه عليه او في انفاقه عليه من ماله ثم يرجع به في مال الصغير
فاذا احضروا ادعى انه فعل ذلك وطلب الرجوع في مال الصغير حلفه الحاكم وجوبا
على ما ذكر من موجب استحقاقه الرجوع فانه حلف على صغير انتهى وهذا اخص
واضح وقد يغفل عنه **وانه لو ثبت** على غايب دين فباع الحاكم داره في قضايه
تقدم وابطل استحقاق الدين عليه بفسق الشهود او بانتفاء الدين او البراءة
منه فانه يبطل البيع المذكور **قلت** وهذا اصح من قول الدوباني انه
لا يبطل البيع لان الحاكم كان له ان يبيع **وانه** لو احال غريمه بدينه على
مديون له فادعى المحتال بالحوالة على المحال عليه فقال كان ابراني من الدين قبل
الحوالة واقام بينة بذلك سمعت في وجه المحتال وان كان المحيل بالبلد لتيسر
احضاره مجلس الحكم **قلت** هذا في دفع المحتال اما الحكم بالبراءة من دين
المحيل فلا بد من الاعذار اليه وهل يكفي المحال عليه اقامة البينة في وجه
المحتال او لا بد من اعادتها في وجه المحيل اذا ادعى نفاد دينه الاقرب الثاني
وهل يرجع المحتال بدينه على المحيل الظاهر نعم ويحتمل ان يجري فيه تفصيل وخلاف
سبق له نظاير **وانه** لو وكلته زوجته في تخليص حقوقها فاحضر رجلا الى
الحاكم فادعى عليه حقا لها فانكر فشهد ابو الوكيل عند الحاكم لها عليه بذلك
فالظاهر قبول شهادته وان كان فيه تصديق لابنه كما تقبل شهادة الاب وابنه
في قضية واحدة **قلت** في التشبيه نظر وكان هذا اذا لم يكن للاب الشاهد
مدخل في ثبوت التوكيل لابنه ولا ولاية الاستيفا اما لو كان فالظاهر المنع والله اعلم
وانه لا يطالب الوكيل ولا غيره من المدعين باثبات اهلية للوكالة وكونه
مطلق التصرف اما الان دعواه تضمنت ذلك وكان مصرح فيها بانه مطلق التصرف وانه

يستحق

يستحق تسليم ما يدعيه ودعواه هكذا مسموعة لا محالة اما لانه لا يكتفي
في ذلك بظاهر الحال كما اكتفي في الشهادة على الاقرار من انه لا يجب التعرض
لكون المقر طايعا راغبا مختارا عاقلا بالغا صحيحا واشتراط التعرض لذلك
وجه بعيد في البسيط وغيره المذهب المشهور خلافه ولا جرم ان له مذهب في توقف
صحة الدعوى على ما تقدم ذكره بانه تشبه ان يكون خرقا للاجماع **قلت**
هذا ظاهر في من جهل حاله من قبل اما لو علم انه كان محجورا عليه بالسفه قبل
دعواه وقلنا انه لا تسمع دعواه بالمال كما سبق فيتجه مطالبته بالبينة على اطلاق
تصرفه اذ الاصل دوام الحجر والله اعلم ثم ذكر رحمه الله انه لو ثبت دين على ميت
وان ورثته قبضوا من تركته من مدة ما يوفي دينه ان صحة الدعوى واقامة البينة
لا يتوقفان على اثبات الرشد لمثل ما تقدم نعم ان ادعى الوارث بعد كونه بعد
غير رشيد فالقول قوله بيمينه والمدعي محوج الى توجيه المطالبة نحوه الى
اثبات رشده بالبينة والا فلوجه المطالبة على وليه لينتفع الالزام فيما له واما
الدعوى نفسها واقامة البينة باثبات مضمونها فلا ينصرف بذلك عنه وليس
دون الميت قال ثم وجدته مسطورا ان الدعوى عليه تسمع الا اذا لم يكن للمدعي
بينة فينبني على ان اليمين مع النكول كالاقرار او كالبينة انتهى **وانه**
لو اقر له بدين ثم طلب يمينه على انه لم يكن مضاربه اقر بها على عادة بعض الناس به
حلف على ذلك ويكفيه الحلف على الاستحقاق ولا يكلف ان يحلف على نفي المضا
فقد يكون الدين ثابتا له بسبب آخر ورايت من مدة الفتوى في تعليق القاضي
الحسين في مسلة اقباض الرهن الموقوفة ان ما جرت العادة بكتبته في القبالات
من قوله بعت واستوفيت الثمن اذا ادعى انه ما استوفاه وكتب واقر على العادة قبل
جريانه فدعواه مسموعة ولكن المقر له يحلف بالله بانه دفع اليه الثمن فلو قال ابي
استحق عليه الالف تقبل وسمع لاحتمال انه اتلف عليه ما قيمته الف درهم
كانه مفروض فيما لو زال البيع بينهما واراد المشتري الرجوع على البايع بالثمن مواخذ
له باقراره المذكور انتهى **وانه لو اقر انه قبض** كذا درهما من
زيد وسلمه الى عمرو وقال الدين له على زيد ثم مات المقر وزيد فلو رثته زيد الرجوع في

وكذا المقر بما قبضه لاعترافه باليد وبانها مبتنية على يده فلا تزول حكم اليد و مقتضاها
من الملك بقول القابض بمجرده ويتفق ذلك ان ثبت بحجة نظيره قول صاحبي
الاشراف وروضة الحكام لو قال اخذت من فلان الفا كان لي عنده قرضا
انه يؤمر برده عليه **واقره لو اقر** ان جميع ما في بيتي الثلث منه لفلان
وملكه ثم اقر ان الذي كان في بيتي حالة الاقرار ثلاثة الاف درهم ثم مات
المقر فلا يجوز للشاهدان تشهد ان للمقر له عليه الف درهم من غير تفصيل بل
تشهد بالاقرارين على وجههما ثم اذا حلف المقر له مع الشاهد حكم له بضمان الالف
من تركته ثم قال وهكذا القول اذا سمع الشاهد اقرار شخص ان لفلان عليه الف
درهم فله ان يقول اشهد انه اقر له بالف درهم وليس له ان يقول ان له عليه الف
درهم لما بينهما من التفاوت على ما لا يخفى **قلت** سبق قبيل باب القضا
على الغائب ما يخرج منه ان ظاهر المذهب المنصوص ان للشاهد ان يقول في
مسئلتنا هذه اشهد ان له عليه الف درهم واشبعنا الكلام فيه وان ما ذكره ابو عمرو
هو المختار ومن الاوجه وان كان ظاهر المذهب خلافه ويجوز ان يقال ان كان
الشاهد عالما رشد المقر وكمال احواله لذلك والا فلا بل يؤدي ما سمع
وسئل عمن اقر ان جميع ما يشتمل عليه في هذه الدار من قماش وغيره
ملك زوجته فلانة ثم مات بعد حق الدار وهما ساكنان فيها فاقامت البينة
بالاقرار فانكر الوارث كون الاعيان الموجودة فيها عند الموت كانت موجودة عند
الاقرار وان الاقرار يتناولها وتوجه عليها اقامة البينة على ذلك فطلبت يمينه
بان تلك الاعيان لم تكن موجودة حينئذ وانها غير داخلة في الاقرار فهل يحلف
على نفي العلم او البت فان قال الوارث انك لا تستحقين ما في الدار الا حصة الميراث
وهو الربع فهل يقنع منه بذلك **اجاب رحمه الله** يحلف على انه لا يعلم هذه
الاعيان ولا شيئا منها كانت موجودة في الدار المذكورة وقت الاقرار المذكور
او انه لا يعلمه ولا شيئا منه داخلا فيما اقر به لها وما قام مقام هذا من الالفاظ
ولا يقنع منه بانها لا تستحق مما في الدار سوى حصتها من الارث ووجهه قال
هينا جهة اخرى تمنع انا نقنع منه بالحلف انها لا تستحق من ذلك سوى حصتها بالارث

وذلك ان اليد لها على نصف ما في الدار المذكورة لكونهما ساكني الزوجين فاذن
لها ان يحلف على استحقاق نصف هذه الاعيان نظرا الى اليد وان قطعنا
النظر عن الاقرار ثم لها بعد ذلك الربع من النصف الآخر اذا لم يثبت لها فيه
جهة من جهة الاقرار **قلت** كلامه مصرح بقبول قول الوارث بيمينه
انه لا يعلم كون الاعيان كانت عند الاقرار في الدار وفيه نظر ولا شك انه
لا يقبل قوله في جميع الاعيان اذ فيه الغاء البينة بالكلية والظاهر ان المراد
انه ادعى ان بعض الاعيان لم يكن موجودا فيها حينئذ فهذا محتمل على ان
القاضي الحسين افتى كما سبق انه لو اقر في مرض موته ان ما في هذه الدار
لفلان ثم مات وتنازع الوارث والمقر له وبعض امتعة الدار فادعى الوارث انها
لم تكن فيها وقت الاقرار وقال المقر له بل كانت فيها فالقول قوله وعلى الورثة
البينة انه نقل اليها بعد الاقرار وسبق الكلام على المسئلة ونحوها مرات
وسئل عمن مات ووجد في تركته حصان اشهب وعليه ديون مستغرقة
للتركة فاحضرت زوجته كتابا صورته اقر في صحة عقله وجسمه قبل موته بمدة
طويلة قدرها سنة او نحوها انها تستحق في ذمته الف درهم وانه عوضها عنه
الحصان الاشهب وسلمه اليها ولم يذكر في الكتاب غير هذا ولا شهد احد عليه
بغير هذا اللفظ ولم يشهد احد عليها بقبول التعويض ولا القبض ولا غيره ثم
لما مات قالت الزوجة هذا هو الحصان الاشهب الذي عوضني وقبلته وقال
الغرماء هذا حصان آخر فعليك البينة انه ذلك الحصان الاول **اجاب**
اذا حلفت حكم لها به لان ذلك الحصان باق عملا بالاصل ولا موجود غير هذا
ويلزم من هاتين المقدمتين ان يكون هو ذاك نظيره ما لو قال لفلان
عندي ثوب وديعة ولم يصفه ثم مات ولم يوجد في تركته غير ثوب واحد فانه
ينزل عليه قوله **وسئل** عمن اقرت واشهدت عليها ان كل مكتوب تظهره
فيه اقرار ابيها لها بدين او بعين فهو باطل وزور وانها لا تستحق في ذلك
المكتوب شيئا ثم ادعت على تركة ابيها باربعة الاف درهم واظهرت مكتوبا صورته
هذا ما اصدق فلان فلانة وان ابا المفتي قبض من مهرها اربعة الاف درهم واشهد

عليه بقبض المال الذي هو مهرها فقال الحاكم الثابت عنده اقرارها قد بطل
هذا باقرارك المذكور فهل الامر كذلك **اجاب** لا يبطل بذلك ما شهدت
به البينة عليه من انه قبض ذلك وانما يقدح ذلك في اقرارها بالقبض وليس
في مكتوب الصداق اقرار بالقبض فان قوله واشهد عليه بالقبض من شاهد
القبض من غير ان ينطق باقرار والله اعلم **وسئل** عمن استاجر شيئا وسلم
اجرته الى الآخر ثم اقر انه لا حق له عند الاخر اقرارا نافيا لكل حق على الاطلاق
ثم بان فساد تلك الاجارة فهل له الرجوع بتلك الاجرة **اجاب** له الرجوع
لان الاقرار المذكور بناه على الظاهر من الصحة الذي انكشف خلافه
وهذا اوضح من المنقول وهو انه اذا اقر ان ما اشتراه ملك ثم استحق بالبينة
فانه يرجع على البائع على ما قطع به كثيرون او الاكثر والقفال منهم وهو الصحيح
قال الامام ميل المفتيين لانه بنى اقراره على ظاهر الحال وقد انكشف بالبينة
خلافه قال وقد الى في البسيط بضابط اداه المعتمد فيما ذكرته ان الرجوع تقبل
على هذا المذهب المختار عن كل اقرار اسند الى الظن ولا يتصور في العادة استناد
الى القطع اما ما يتصور استناده الى اليقين فلا تقبل فيه الرجوع ولا المنفث الى
قوله بينته على ظن انكشف بالحجة بعد باطل بلى ان اراد التحليف بعد ذكر عذرا
محتملا فهذا فيه الخلاف في الاقرار يقتضي الوهن هذا سعي ما ذكره مستند رجوعه
قبل دعواه بذلك ۞ آخر شيئا ثم ادعى انه كان عند العقد سفيها فهل تسمع دعواه
واذا اقامت بينة بالرشد وبينة بالسفه فايهما تقدم اجاب بعضهم بانه لا تسمع
دعواه **واجاب** الشيخ ابو عمرو تسمع وهو من قبيل المسائل المعروفة التي
منها من ادعى انه كان حينئذ مجنونا او انه كان صبيا وهذا اختلاف ما اذا
عقد عقدا ثم ادعى انه لم يكن يملك العقد على المعقود عليه بان قال ان المبيع كان
مغصوبا او ان مطلقته لم تكن زوجة فانه لا يسمع دعواه لمناقضتها ما يضمنه
اقدامه على العقد من الاقرار بكونه مما يملك العقد عليه وليس يدعي عدم اهليته
للاقرار حينئذ وقد اقر ضمنا فلا يسمع منه ما يناقض اقراره واما هنا فيقول
الذي وجد مني من الاقرار ضمنا انتصر في صادف عدم اهليتي فلا اواخذ به

١٤٥

قلت وفيما ذكره كلامان الاول ما قاله فيما اذا عقد عقدا
ثم ذكر انه يعاطيه هو وجه المذهب المنصوص خلافه على تفصيل قد ذكرناه
مرات والثاني ما قاله في قبول قول السفيه ظاهر فيمن بلغ سفيها ولم يعلم
رشده واما من طرا سفهه بعد ثبوت رشده فتصرفاته نافذ على الاصح الى ان
يتصل به حجر معتبر وحينئذ يظهر ان لا يكتفى فيما نحن فيه بمجرد قوله انه كان
سفيها عند العقد ولو اقام به بينة ما لم يبين انه حجر عليه بسفهه الطارئ ۞
ثم قال ابو عمرو واما تعارض البينة فيما ذكر فالناقلة منهما مقدمة على المستصحبة
ويختلف ذلك باختلاف صور ما يقع به الشهادة فان شهدت بينة السفيه بسفه
او فسق مقارن للبلوغ مستمرا الى حين العقد لانت على بينة الرشد تقديم
البينة الجارحة على المعدلة وهكذا ما يجري هذا المجرى وان شهدت بينة بانه
غير رشيد وبينة بانه كان عند العقد رشيدا فبينة الرشد اولى وهكذا ما
جرى هذا المجرى **قلت** وبنحو استفسار كل من البينتين المطلقتين
ويتعين ذلك في الجاهل والمخالف لما لا يخفى ۞ توفي عن بلاده اولاد صغار
وزوجة واقر ان لا وارث له سواهم وابنا الوصي ذلك عند الحاكم كي اقرار الميت
بانه لا وارث له سواهم فلا يطالبه الحاكم باثبات عدة الورثة بالبينة ۞ باع عينا
وشهدت بينة بانه رشيد حالة البيع وشهدت بينة انه كان حينئذ سفيها مبذرا
قدمت هل على بينة الرشد تقديم البينة الجارحة على البينة المعدلة ۞ شهد
واحد ان الحاكم الفلاني ثبت عنده تطليق فلان زوجته بنت فلان بن فلان
ولم يذكر عددا وشهد على الحاكم المذكور بالحكم بذلك وانه اشهدهما عليه به ولكن
الشاهد الثاني لم يعين المراة ولم يسمها بل ذكر نسبها واعترف الزوج ان
نسب المدعية ذلك فهل يلفق الشهادة وثبت الطلاق **اجاب** لا
يلفقان وتاملت فكان الجواب انه ينظر فان كان ما اختلفا فيه من التعيين
بالتشخيص والتعيين بالنسب قد نقلاه عن الحاكم المذكور فشهد احدهما عليه
بانه قال ثبت عندي تطليق المذكور لهذه وشهد الآخر انه قال ثبت تطليقه لفلانة
بنت فلان لم يلفق بينهما وان لم ينقلا ذلك عن الحاكم لكن عين احدهما المشهود لها

اصله

بالشخص وعينها الآخر بالنسب على الوجه المذكور فيلفق بينهما والحالة هذه وتثبت اصل الطلاق **قلت** والظاهر ان قول
وتاملت لابي عمرو لا بجامع فتاديه الكمال المغربي شيخ المصنف وقد يقال اذا
اعترف الزوج بانه لا زوجة له غيرها انه يلفق مطلقا وفيه وقفة ان احيج
الي بيع ملك على يتيم فقامت بينة بان قيمته مائة وخمسون فباعه القيم عليه
بذلك وحكم الحاكم عن البينة المذكورة بصحة البيع ثم قامت بينة اخرى بان قيمته
حينئذ مائتا درهم ووجهه انه حكم بنا على البينة السالمة عن المعارضة بالبينة
التي هي مثلها او ارجح وقد بان خلاف ذلك وتبين استناد ما يمنع من الحكم الي حالة
الحكم فهو كما قطع به صاحب المهذب من انه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينته
وانتزعت العين منه ثم اتى صاحب اليد ببينته فان الحكم ينقض بمثل العلة المذكورة
وفي مسئلة المهذب وجه يطرد ههنا **قلت** في صحة التشبيه وقفة لان
التقويم تخمين وحدس بخلاف الشهادة بالملك وسبق ثم ان المشهود انه اذا تعارض
بينتان في القيمة حكم بالاقل ووجه بانها اطلقت على عيب ينقص خفي على الاخرى
فان صح ما ذكره ابو عمرو وجب طرده في اجارة املاك الايتام ونحوهم والوقوف العامة
ونحوها ان انسان في وسط ملكه طريق مشترك بينه وبين جماعة يعدون فيه
الي املاكهم فطالبوه بان يشهد على نفسه ويقر بحقوقهم فهل يلزمه ذلك ام لا وان
لزمه فهل له ان يمتنع حتى يشهدوا على انفسهم بالاقرار له **اجاب** اما الاقرار
فواجب بالنص قال تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم وشهادتهم
على انفسهم هي الاقرار وقرر ان الاقرار واجب عند الحاجة اليه على كل من عليه
حق لادمي او لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها ثم قال وهذا الذي
ذكرته ينبغي ان يكون هو المعتمد ولا يبعد تاويل ما ذكره في النهاية من انه لو قال المقر عليه
الدين اشهد علي دين فالذي قطع به الاصحاب انه لا يلزمه ذلك وهو ما اختاره
في التهذيب وحكي وجها غريبا انه لا يلزمه ذلك ولا اصل له ولا اعتداد من المذهب
هذا قول الامام ونحن قد وجدنا له اصلا قويا فليعد من المذهب وكانه رأى
انه وثيقة كالرهن والكفيل فانهما لا يلزمانه والعارف قائم عند المناكر وقد

قطع في الوسيط انه يلزم الراهن عند قبضه المرهون للانتفاع الاشهاد
كل يوم قال وانما قلت له ان يمتنع حتى يشهدوا ايضا على انفسهم فانه لا
يلزمه الاقرار على وجه يضره ولو اقر اولا فربما انكروه الملك وكانوا متمسكين
باليد والله اعلم ٥ ابراه ابو اعاما مطلقا واقر انه لا حق له عليه على الاطلاق
وكان له عليه مقدار من الدلس سلما وادعى انه لم يعلم به حالة الابراء ولم يرده
اجاب بانه يصدق بيمينه وذلك لان العموم منتشر الافراد لا يدخل
تحت العد والحصر وعدم بعضها عن الذهن ليس على خلاف الظاهر فاذا
ادعى ذلك قبل قوله بيمينه فان قلت ينبغي ان لا يحكم بعمومه ويلحق بالاقرار
بالمجهول وحيث حكم بعمومه علم ان تناوله لجميع الافراد هو الظاهر ويلزم
من ذلك ان يكون دعواه عدم ارادته على خلاف الظاهر **قلت** نعم
تناولها لجميعها هو الظاهر ولكن الظاهر قد يترك عند الدعوى في بعض
المواضع وان يحمل به عند عدمها ومن ذلك اذا قيل اطلقت زوجتك فقال
نعم طلقت حكم عليه بالطلاق اذا اطلق ولم يدع خلاف ذلك فان ادعى
انه اراد انه كان طلقها في نكاح متقدم وكان لما قاله اصل قبل قوله وهو على
خلاف الظاهر المعمول به عند الاطلاق وما نحن فيه من هذا والتسبب
به ان هذه الدعوى في ضمنها حجة تترك الظاهر عند وجودها وهذا لانه ادعى
عدم العلم بالفرد المعين الذي ادعاه والاصل عدم علمه به فلا ظاهر يدل على
علمه به فكان قوله مقبولا في عدم علمه ثم يلزم منه عدم تناول عموم افراده
له وقد وجدت على موافقة ما قررته نصا عن الشافعي رضي الله عنه ذكر صاحب
روضة الحكام انه لو قال لا حق لي فيما في يد فلان ثم قال لعبد لم اعلم كونه
في يده وقت الاقرار صدق عند الشافعي خلافا لابي حنيفة وينبغي ان لا
يقبل الرجوع عن الاقرار في كل ذلك الا اذا عضد بتاويل يقبل مثله في
مثله كما في الصورة المذكورة ٥ اقر ان هذا وقف صحيح لازم على اولاد فلان
من غير ذكر لمن وقفه ولا للوقف الا الاقرار ثم مات فاقام بان الورثة بينة
على اقرار المدعي للوقف بانه ملكه بالوقف من ابيه في مرض موته وان الموقوف لم

يزل ملكا لابيه الى ان وقفه عليه في مرض موته في تاريخ متقدم على تاريخ
اقرار ابيه الموصوف اولا فهل ذلك يبطل او يزيل اقرار الاب المطلق على
هذا المقيد المتقدم عليه **اجاب** في الاسئلة جماعة من المشايخ الذين
ماتوا وحادوا عن يمين المستفتي عنه بان يرسوا حالة اجابوا عنها فرارا من
محل الغموض وكان جوابي بعد الاستخارة والتثبت ايا ما ان ذلك المطلق
ينزل على هذا المقيد كنظاير التي منها انه لو قامت بينة على اقرار ان لفلان
عليه الفا وقامت بينة اخرى انه اقر انه قبض من فلان خمسماية في شعبان
وثلثماية في رمضان وماتين في شوال فذلك المطلق يحمل على المقيد بسط القول
في تقرير ذلك **٥** اقر لرجل بدين معلوم واقر المقر له انه لا يستحق
على المقر دينا ولا نعمه من دين والاقراران جميعا في يوم واحد معين من غير ان
تبين ايهما قبل فايهما يعمل وهل يمنع ذلك من المطالبة بالدين المذكور
اجاب بحكم بينة الاقرار المثبتة فانه يثبت به اصل شغل ذمته
اذ لولاه لجعلنا اقرار المقر له تكذيبا للمقر ولا ايصار الى ذلك بالاحتمال
واذا ثبت اصل الشغل والقول بتصديق الاقرارين معا فلا ايصار الى تصديقهما
بتقدير تاخر الاقرار النافي بين الاقرار المثبت بنا على احتمال طران البراءة
والاسقاط فانه لا يزيل اصل الشغل باحتمال تعقب المسقط فيتعين تصديقهما
بتقدير وقوع الاقرار النافي قبل الاقرار المثبت واذا ادعى المقر له هذا
فذلك مقبول والله اعلم **قلت** سبق عن روضة الحكام انه اذا شهدت
بينة بالمال واخرى بالابرا فبينة الابرا اولى ان اطلقنا وان وقتنا فالمتاخرة
اولى وان اطلقت بينة وارخت اخرى فان بينة البراءة اولى لانها انما تكون
بعد الوجوب ويحتمل ان يجعل كما لو ذكرنا وقتا واحدا فيتعارضان انتهى
وهذا قد يتنازع فيما ذكره ابو عمرو رحمه الله **٥ سيل** عمن اقر في ملك هو في
يده وتصرفه انه وقف عليه وعلى جهات بعده هل يثبت هذا الوقف بافراده
فاجاب بلغني عن جماعة من المفتيين قبلنا انهم افتوا بثبوته وذكر صاحب
روضة الحكام فيما لو اقام الخارج بينة بالملك واقام صاحب اليد بينة بالوقف

انه

انه هل يرجح ببينته فعل وجهين احدهما ترجح والثاني لا ترجح لان اليد
تدل على الملك لا على الوقف **٥ وسيل** عن رجل بيده ملك لا منازع
له فيه اقر انه وقفه فلان عليه وعلى نسله ثم على جهة موبدة فهل يثبت الوقف
اجاب لا يثبت الوقف عليه بافراده ذلك لانه اعترف بالملك لغيره
وادعى انتقاله عنه بطريق الوقف فهو كما لو قال ذو اليد اشتريت هذا
من فلان لم يثبت الملك له وان كانت اليد له اما اذا قال هذا موقوف علي ولم
يعين واقفا فينبغي ان يثبت ذلك باليد لا سيما اذا قلنا الملك في الموقوف
للموقوف عليه ودعوى ذلك على الاطلاق كدعوى صاحب اليد الملك على
الاطلاق وان كان لا بد من مستقل منه اليه لكن نفرق بين المعين والمبهم
قلت وسبق عن فتاوى القفال خلاف هذا وتكلمنا فيه وهذا هو
المختار ومن قوله وقف فلان على تفصيل تقدم ذكره فيما اظن ويشبه انه
لو قال اليوم ذو يد هذا وقفه نور الدين الشهيد مثلا على جدي وذريته
انه يقبل بخلاف ما لو قال وقفه زيد رجل من الاحاد **و سيل** عمن
اشترى سهما شايعا من ملك واثبت في غيبة البايع ان الملك لم يزل ملكا ان
البايع الى ان مات وخلفه لورثته واثبت حصرهم وان البايع يحصه من الملك
القدر المبيع فادعى اخو البايع ان اباه وهبه الملك جميعه هبة صحيحة مقبوضة
وابت ذلك فاقام المشتري شاهدا في غيبة البايع ان الاب رجع في الهبة المذكورة
فهل تسمع دعواه ويحلف مع شاهده **اجاب** تسمع ويحلف مع شاهده هذا
هو الظاهر فانه يدعي ملكا لغيره مستقلا منه اليه فهو كالوارث فيما يدعيه
من ملك لمورثه **قلت فيه وقفه** وربما سبق ما يقتضي خلاف ما ذكره
او يحكي خلاف فيه والله اعلم ٥ رجل بيده عقار يتصرف فيه مدة طويلة فادعى
مدع عليه انه يستحق تسليمه وانه بيده غصبا وتعديا فاجاب ذو اليد بانه ملكه
وبيده ولا يستحق المدعي تسليمه ولا تسليم شي منه فاقام المدعي بينة شهدت
ان زيدا اقر له بهذا العقار بتاريخ عينه سابق على الدعوى بعشرين سنة
او اقل او اكثر وشهدت بان هذا العقار كان بيد زيد المقر حال اقراره له به

ولم يرد في شهادتهما على ذلك فهل ينتزع من يد المدعى عليه بمجرد هذه الشهادة
ام لا **اجاب** يثبت له الملك بذلك وينتزع ذلك من المدعى عليه
والمسئلة مسطورة على ما فيها من غموض سطرها العمادي وغيره على نحو هذا ۝
اشترى من آخر ملكا ولم يبد المشتري الى وفاته ومات البايع وزوجته فادعى
وارثه انه امات وخلف الملك على ورثته فاثبت وارث المشتري ان الملك
انتقل اليه من ابيه وان اباه اشتراه شراء صحيحا من والد المذكور ثم ادعى وارث
البايع ان اباه كان عوض زوجته بالملك عن صداقها وورثوها واقاموا على
ذلك بينة ويد وارث المشتري ثابتة على الملك وتحت تصرفه فهل تصح دعواهم
ام لا **اجاب** لا تسمع دعوى وارث البايع للمناقضة دعواه الاولى فان
ذكرها بتاويل يدفع المناقضة وكانت بينة المشترك وبينة التعويض مطلقتين
التاريخ او احداهما سقطتا وعمل باليد ويحكم بها لوارث المشتري ۝ اقام بينة
ان المكان الفلاني طريق مختص به واقام آخر بينة انه طريق للمسلمين غير مختص
بذلك الرجل نظر ان كانت اليد للاول مختص بالتصرف فيه قدمت بينته وان
كانت اليد للمسلمين بان كانوا يسلكونه على العموم مدة من غير منازع قدمت البينة
الباسد اساع شخصين في عقدين ثم اقام بعد موت البايع بينة على العقدين فطلب
الحكم فهل يحكم له بيمين واحدة ام لا بد من يمينين **اجاب** ان تعددت المدعى عليه
واقامة البينة عليها تعددت اليمين وان اقام البينة عليهما دفعة واحدة الحدث
اليمين ۝ له ارض وبها غراس يتصرف فيه غيره تصرف المالكين بلا منازع مدة
مديدة ثم تنازعاه فمن المصدق منهما وهل لصاحب الارض ان يبذل قيمته او ياخذه
مجانا **اجاب** ان القول فيه قول المتصرف فيه بيمينه وليس لصاحب الارض
ان يتملكه بالقيمة من غير رضاه وفرق بان تصرف المتصرف دال على كونه مثبتا للدوام
في ارض الغير وشبهه بما اذا تنازع صاحب العلو وصاحب السفل في سلم السفل
منصوب مثبت للدوام فالقول قول صاحب العلو لكونه المتصرف في الصعود
فيه وان كان هو ان من الارض لغيره قال وانما قلنا انه ليس لصاحب الارض ان
يتملك الغراس بالقيمة لانه يستحق ابقاه في ظاهر الحكم على الدوام والتملك انما يكون

في غير ذلك بانقضاء الاجارة والاعارة **قلت** وقبيصة عن تملكه
دعواه اولا انه ملكه وان اعترف بعد لذي اليد به فهو متهم فيه لغرض التملك
نعم في تصديق ذي اليد انه ملكه نظر وقد يشكل عليه الدعوى المثبتة ونحوها
من السلام في الدار المكراه اذا تنازعها الساكن ومالك الدار واذا طلب صاحب
الارض تملكه بالقيمة ولم يسبق منه دعوى ملكيته فيحتمل ان يقال يجاب اليه
ولا سيما اذا اعترف بتقدم ملك صاحب الارض لها وان الغراس وقع وهو في ملكه
وفي القسم بمسئلة السلم للعلو وقفة فانه انما نصب للصعود الى العلو فهذه القرينة
قدم صاحب العلو مع ضميمة التصرف ولا يجي مثله في الغراس بل الغالب في الغراس
كونه لصاحب الارض ۝ ادعى عليه بملك فاجاب بالانكار واعترف بانه ملك لبني
حميد فاثبت المدعي انه من بني حميد فهل يكون له نصيب فيه بمقتضى اعتراف الخصم
انه لبني حميد وهل يدخل الاناث واولادهن في هذا الاعتراف وحميد جد اب
الموجودين يومئذ نحو خمسة نفر ذكورا واناثا **اجاب** لا يدخل في ذلك
الاناث ويحكم بانه لبني حميد اصليه باعتراف الخصم ثم من بعدهم يكون لورثتهم
شعافيه على نصيب كل واحد منهم ورثته وهكذا الا ان يظهر بالقرينة انه اراد
ببني حميد الذكور الموجودين من ذريته الآن عند اعترافه فيجعل بينهم بالتسوية
انتهى ۝ ادعى على اخيه بحصة من ملك في يده بطريق الارث عن ابيهما فانكر
ونكل عن اليمين فحلف الحاكم المدعي وحكم له فاحضر المدعى عليه بينة على اقرار
ابيه انه ملكه ومستحقه دون المدعي وساير الناس وثبت ذلك عند الحاكم فهل
يرفع ذلك الحكم للمدعي باليمين المردودة **اجاب** نعم يرفعه بشرطه والله
اعلم **قلت** سبق بنا سماع دعواه وبينته على ان اليمين المردودة كالاقرار
او كالبينة فعلى الاول وهو المرجح لا يسمعان كما لو كان قد اقر نصا واختار البغوي
لنفسه السماع وان جعلناها كالاقرار ۝ زوجان لاحدهما ملك فمات الزوج ثم
ماتت الزوجة فاقام وارثها بينة ان الملك لها دون الزوج وانها كانت مالكة
حائزة ملكا شرعيا الى حين ماتت واقام وارث الزوج بينة ان الملك للزوج دون
الزوجة الى حين الموت وتركه لورثته وانه في يد الزوجة بطريق الغصب والتعدي

ممن تقدم بينته اجاب اذا شهدت بينة ورثة الزوج بالملك وبكون
ذلك في يد الاخرين بطريق الغصب من الزوج او من ورثته قدمت بينتهم عند
هذا القيد وهو كونه مغصوبا منهم ○ بيده دار ادعى آخر انها وقف عليه واثبت
ان الواقفة لم يزل مالكها الى حين وقفت فادعى ذو اليد انه اشتراها من
شخص وانه مالكها وتاريخ الوقف اقدم من تاريخ الذي ادعى ذو اليد
واقام بينة وحكم لحاكم فادعى المدعي انها في يده بطريق الغصب والتعدي
فمن المقدم منهما اجاب يقدم بينة ذي اليد اذا لم يظهر انها شهدت بنا
على مجرد اليد فان اثبت المدعي الخارج ان يد صاحب اليد غاصبة من يد صار هو
صاحب اليد وقدمت بينته والله اعلم قلت في عدم تقدم بينة الوقف
مع تقدم تاريخها نظر وان لم تقدم بينة بان يد ذي اليد غاصبة ولا نعدم مما سلف
ما تقتضي تقديمها والله اعلم ○ اشترى ستة اسهم من اربعة وعشرين سهما
من ارض محدودة معروفة وبقية الارض لملاك معينين ثم بعد حين وقع بين تلك
الشركا منازعة في قدر ما لكل واحد منهم فاقام المشتري بينة بان البائع كان
مالكا للربع الذي باعه منه حالة البيع وبين وتصرفه ثم اقام آخر بينة بان يملك ثلثي
الارض ملكه ثم اقام شريك آخر بينة بانه مالك الجميع ثلاثة اسهم من اربعة وعشرين
سهما هي من جميع الارض المعينة فاجتمع من ازدحامهم ومما ابتنوه خمسة وعشرين
سهما فهل يدخل النقص على الجميع وتعول السهام الى خمسة وعشرين سهما وهل
من فرق بين ان يكون ثبوت ملك الشركا دفعة واحدة في مجلس واحد او ابتنوا
ذلك على الترتيب اجاب رحمه الله السهم الزائد وقع فيه التعارض فيرجع
الى الترجيح فان كان الاولان صاحبا يد على ما قامت به بينتهما فمدعي القراريط
الثلاثة مدع للقراريط بالمال مما في ايديهما فاذا لم تقم بينة على غصبهما لذلك منه رجحت
بينتهما باليد واقتصرنا بالثالث على القراريط الثلاثة وان اقام بينة على غصبهما
ذلك منه صار صاحب يد في ذلك القيراط فيوخذ له مما في ايديهما على سهامهما ولا بد
من هذا القيد وهو كون غصبهما منه واذا لم يكن ترجيح والمال في ايديهم فالقول
قول مدعي الثلاثة ومدعي الستة مع اليمين لان يد كل واحد منهم على الثلث ونشا

من ذلك اختصاص مدعي الاكثر بالنقص ثم انه لا اثر لتقدم اقامة البينة
وتاخرها ومعلوم انه اذا اخرج بعض المبيع مستحقا فللمشتري به خيار الفسخ
قلت ولم يبن لي اعتبار كون الغصب منه ولا بد ولم لا يكون الغصب
ممن يتلقى منه ذلك بارث وغيره وسوما لك جائز الى حين انتقاله اليه كالغصب
منه والله اعلم ○ قامت بينة بان فلانا توفي في رمضان من سنة كذا واقام بعض
الورثة بينة انه اقر له بدار في سنة كذا السنة بعد المذكورة بسنة فايهما تقدم
اجاب يعمل بالبينة التي اثبتت موته في رمضان سنة ست عشرة فان الاخرى
مستصحبة وهذه مثبتة فعندها زيادة علم وكونها اثبتت الاقرار سنة سبع عشرة
ليس معارضا لذلك فانه ليس فيها اكثر من انها استصحبت الحياة واثبتتها في التاريخ
المتاخر ذاكر بعض اوصاف الاحيا فيصير كما لو شهدت احداهما انه مات في تاريخ
متقدم وشهدت الاخرى انه كان حيا بعد ذلك ياكل ويشرب فانه لا يحصل بذلك
مقابلة وتعارض فسوا اثباتها اصل الحياة فحسب واثباتها اصل الحياة وشي من الصفات
الثابتة وليس هذا من قبيل ما اذا شهدت بينة انه مات من مرضه الفلاني وبينة
انه برا من ذلك المرض ومات من غيره فان الصحيح انهما يتعارضان والفارق ما اثبته
من البرء من ذلك المرض فانه ايضا نقل من الاستصحاب والله اعلم قلت وسبق
عن الامام والغزالي والرافعي عند الكلام على قول المنهاج ولو مات نصراني عن ابنين
مسلم ونصراني الى ما يتنازع فيما ذكر من تقديم بينة موته في رمضان وفيما استشهد
به لذلك فراجعه ○ وسيل عمن اثبتت دينا على مبينه وادعى ان لها على
زوجها مهرا ولم يدع ذلك وارثها اجاب لا تسمع دعواه فانه يدعي حقا لغيره
غير منتقل اليه وغايته اذا اثبت ثبت له فيه تعلق من غير ان يثبت هو له في عينه
وذلك لا يوجب صحة الدعوى كما لو ادعت الزوجة دينا لزوجها فانها لا تسمع وان
كان لو ثبت لتعلق لها به حق النفقة ولم يتقرر ان الصحيح ان غرما المفلس لا
يحلفون مع الشاهد الواحد عند النكول قلت وفيما اجاب به وقفة للمتامل
ولا يكاد يعدم مما تقدم في باب القضاء على الغايب او غيره مما يتنازع في فتواه وجهود
ان الانسان يقيم البينة لاثبات ملك غيره ولا يحلف لاثبات ملك غيره ○ افتى

في مرض موته انه وقف ملكا معينا على ابنته وهي وارثته مع ابن اخيه وبعد
ابنته على جهات بر متصلة واقر ان ذلك وقفه قبل مرضه في كمال اوصافه
ساذعها ابن عمها وقد كانت اعترفت لذلك المكان ملكا فهل هذا الاقرار
باطل او معمول وهل يبطل فيما اعترفت فيه بالملك ام لا **اجاب** لا يبطل
هذا الاقرار في حق البطن الثاني وساير البطون بل تثبت به الوقف انا نثبته
بهم لا نكون حقهم في حكم الوقف المنقطع الابتدا حتى يكون على الخلاف فيه فان
اقراره فيهم مقبول بتمام وصفه الذي فيه الاتصال لانتفاء المبطل بالنسبة اليهم
واما في حق البطن الاول فحكمه ان المقر به مصرف معله الان الى البنت فانه
ان كان الامر في حقها على راي من يصحح مثل هذا الاقرار فهي تستحقه باعتبار
كونها اقرب الناس الى الواقف لكون اصل الوقف قد ثبت على الجماعة على ما تقدم
ذكره وليس له الان مصرف معين بحكم الوقف وعن شرطه للوسا على هذا لم يصدق
الاقرار بتعيينه سوى واذا جهل مصرف الوقف صرف على الاصح الى اقرب الناس
الى الواقف وهذه البنت هي الاقرب ثم لا يمنع من استحقاقها بهذه الجهة
اعترافها المذكور فانه لا يحدس بوجه السبب المذكور **قلت** ولم لا يواخذ
البنت بمقتضى اقراره هنا بالنسبة الى معله اذا تعذر اعمال اقرارها في رقبته
ورايت من يفتي ممن ادركنا بالغا اقرار من اقر من ارباب الوقف بان غيره يستحق
منافع الوقف او بعضه دونه ومن يفتي باعمال اقراره في حق نفسه من خيانته
والقلب اليه اميل بل هو القياس وقوله ان اقرارها لا يخدش في وجه السبب
المذكور مشكل اذ ليس معنا وقف محكوم به بينة عادلة وملكية الواقف له
بل اعتراف مجرد منه اخذ به نعم لو بدت عذرا بان قالت جهلت كون انه وقفه لصغري
ونحو ذلك فينبغي تصديقها بيمينها وناخذه وقفا واما مع اصرارها على الاعتراف
او سكوتها عن ابدا عذر ففي استحقاقها مثل للثلث المقر به نظر واطلق رحمه الله القول
اليها بالسبب المذكور ولم يتعرض لاعتبار وقفها والاصح اشتراطه والله اعلم
شخص غايب ثبت عليه دين فاعترف حاضر في يده عين بانها للغايب فهل
تباع بمجرد ذلك في ايفا دينه **اجاب** انها تباع اذا طلب ذلك رب الدين

من

من الحاكم ولا يتوقف على اثبات ملك الغايب ببينة فان اليد اشغلت عن
الحاضر باعترافه الى الغايب فيصير كشخص في يده دار مثلا غاب وثبت عليه دين
فانها تباع في دينه ولا يمنع من بيعها ادعا مدع لها من غير بينة لان دعواه لا
تسمع على الغايب اذا لم يكن له بينة لعدم قابليتها **قلت** فيما ذكره من
الاصل والفرع نزاع للاصحاب اشار اليه في التقليب وكتاب القضا واوضحا
المختار فيه واعاد السوال او نحوه من بعد واجاب بان المقر يواخذ باقراره
ويباع في الدين وان لم تقم بينة على انه ملك الغايب ويصرف في قضا دين الغايب
المقر له بها ما لم تكن اقرار مقيدا موصولا بما يمنع من ذلك لكونه رهنا لغيره
مثلا لا في يده ونحو هذا هذا هو الظاهر واو ثوصادقته منقولا ثم اشار الى
تخريج خلاف فيه في قبول قول ذي اليد انه عدل في بيعه رهنا ثم قال وللبحث في
المسئلة مجال ○ دار قامت بينة ان مالكها رهنها من فلان في شهر ربيع الاول
سنة سبع وثمانماية واقام آخر بينة انه اقر له بها سنة سبع ولم يذكر شهرا معينا
اجاب تتعارض البينتان بنا على القول الصحيح فان صحة الرهن ما بعد
من صحة الاقرار ثم موجب التعارض على القول الاصح التساقط فلا يثبت اذن
الرهن ولا الاقرار وان قلنا ان من رهن ثم اقر لغيره تقبل اقراره فتسلم
الدار هنا للمقر له ويبطل الرهن **قلت** اذا لم تتعرض بينة الرهن لاقباضه
ولا بينة الاقباض بغيرها ففي معارضتها لبينة الاقرار نظر وسكت الشيخ عن بيان
ذلك ○ اقام بينة ان هذه الدار خلفها فلان لورثته وعينهم واقام ذو اليد
بينة انها انتقلت اليه عن هولا الورثة بطريق الابتياع من غير تفصيل لحصصهم
ولا ثمن فهل يكفيه ذلك ويحكم ببينته ام لا **اجاب** بعد التوقف اياما
انه يحكم ببينة المدعى عليه لا سيما اذا كانت بينته قد شهدت له بالملك وانما ذكرت
الانتقال عن الورثة تعرضا منها للسبب ولهذا اصول ونظاير محققة محفوظة
وانما تقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفا المحكوم به وتوجيه المطالبة
نحو وذلك حيث يكون المدعى مجهولا مترددا ان يكون هذا او ذاك او هكذا
او كذاك اما اذا اسلم المدعى من هذا وكان محصورا بحاصر يضبطه فلان قامت

بينة ان لا وارث له الا فلانة وفلان ثم قامت بينة اخرى لثالث
بكونه وارثا احتيج الى تجديد بينة بالحصر ومن الحجة انه بطلت الشهادة تلك
البينة فيما شهدت به من الحصر لتبين خطائها **قلت** قضيته ما سبق
عن الابانة انه يعمل بهما عند الامكان ويشترك المشهود لهم في الارث من غير
احتياج الى تجديد بينة بالحصر كما لو قامت بينة بان هذا ابنه لا نعلم له وارثا
سواه ثم قامت بينة ببنوة اخر فيشارك الاول تقسم التركة بينهما ان اقام
بينة ان الملك الذي في يد فلان ملكه وحكم الحاكم له بها ولم يزل بيد المدعى عليه
حتى مات وانتقل الى ورثته فاقام المدعى عليه بينة بالحكم المذكور واقام
الوارث بينة بان مورثه مات وهو ملكه وفي يده فبايهما يحكم **اجاب** تقدم
بينة الوارث ويحكم بها وان ترجحت الاولى بالحكم وهو مرجح على احد الوجهين
لترجيح الثانية بالتنصيص على اثبات الملك في وقت متاخر عما شهدت به الاولى
ففيه اثبات للتجدد ولترجيحها باليد ايضا وانما قلت على الاصح للخلاف
الذي ثبت في الحاق بينة الوارث على الوجه المذكور بالبينة الشاهدة السابق
قلت قوله وانما قلت على الاصح يفهم ان ما قاله من تقدم بينة الوارث والحكم
بها على الاصح فاغفل الناقل قوله على الاصح واما ترجيحه باثبات التجدد الذي تضمنته
بينة الوارث ففيه نظر اذ لو نظر الى التجدد واعتبر لاحتاج الى دعوى الانتقال
من المحكوم له على ما مر والاقرب انها مستصحبة للبينة السابقة على الحكم ولا سيما
اذا كانت جاهلة بالحكم الواقع للخارج ٥ عليه دين فاقر به وثبت الدين لاخر
فادعى عليه به فقال المدين احلف انك مستحق هذا الدين علي من وجه حق صحيح
شرعي هل له ذلك **اجاب** ان كانت البينة شهدت بالاقرار فذلك
صحيح على الاصح وللمدعى عليه تحليفه على استحقاقه وان كانت شهدت بالاستحقاق
فان ذكر المدعى عليه لدعواه محملا نافيا لتكذيب البينة كان له تحليفه من ذلك
ان يقول انما شهدت البينة على الظاهر وفي الباطن مسقط لا اطلع عليه
قلت ظاهر كلامه انه يكتفى بهذا اللفظ للتحليف وفيه نظر لانه مدع
فسبيله ان يبين ذلك ليتوجه اليمين كقوله انت مكرها في الباطن وبينة والا

فقد ظن ما ليس بمسقط مسقطا فلا يحلف المدعي على على بدعوى مبهمة
امراة حضر عندها شهود ليشهدوا عليها باقرار فقالت ما اشهد على
حتى اخذ الكتاب الفلاني فقيل لها اشهدي عليك واتركي الاشهاد
عندك فان حضر الكتاب المطلوب والا فلا تسلمي الاشهاد عليك لاحد
ثم استنطقوها فقالت اشهدوا على ففعلوا وتركوا الاشهاد عندها
ثم جاءهم بعد ساعة وقالت لا تشهدوا على بشيء فان الكتاب المشروط ما حضر
وطلب من الشهود اداء الشهادة في نسخة ثانية فهل يحل لهم ذلك في الحالة
هذه **اجاب** اذا كان هذا هو الذي وجد منها لا يجوز لهم ان
يشهدوا عليها بالاقرار لان قولها اشهدوا علي قد سبق انه ليس باقرار فانه
لو كتب خطا لم يشفيها او كتبها غيرها او كتبها على الارض وقال اشهدوا على المضمون
لم يكن اقرارا خلافا لابي حنيفة فيما اذا كتبها بنفسه كما ذكره في الاشراف
والعدة الطبري ثم وقف عليها بعض من يفتي بدمشق من اصحابنا فارسل
مستنكرا يذكر ان هذا خلاف ما في الوسيط انه لو قال اشهدوا علي بما في
هذه القبالة وانا عالم به فالاصح جواز الشهادة على اقراره بذلك فبينت ان
تلك مسالة اخرى مباينة لهذه ففرق بين قوله اشهدوا على مضافا الى نفسه
وبين قوله اشهدوا على غير مضيف الى نفسه شيئا ثم ينبغي انه اذا وجد ذلك
ممن عرفه استعمال ذلك في الاقرار ان يجعل اقرارا اذ في البيان انه ليس في ذلك
غير الاذن في الشهادة عليه ولا تعرض فيه للاقرار بالمكتوب فاذا كان
ذلك كذلك في غير هذه الصورة فكيف في هذه الصورة مع ما فيها من القرينة
المشعرة بانها لم تسمح الا بان يكتبوا في المكتوب شهادتهم من غير ان يتنجز
الاداء ويثبت الاقرار والله اعلم **قلت** وعلى الشارح يا ليت يقول
القائل على بلدنا جرى الناس في هذه الاعصار واطرد العرف به وذكرت في
فصل تحمل الشهادة من الغنية عن فتاوي الغزالي في ذلك تفصيلا حسنا
وعن الدبيلي اطلاق القول بالمنع منه والتشديد في ذلك فراجعه فانه مهم عند
الخطاط المتحفظ في التحمل هذا ما اتفق انتخابه من فتاوي ابي عمرو وانما اوردت

اكثرها لاني رايت كثيرا من قضاة العصر ومفتيه يعتمدونها في امثال هذه
الحوادث وفي بعضها ما اشرت اليه وبالله التوفيق **فصل**
سيل شيخ الاسلام ابن عبد السلام عن وصي او قاض دخل بيت الميت ديره
امتعة واموال والمنزل ملكه او مستاجر به جماعة من زوجة وولد كبير
وغلام اجنبي كلهم مساكنوا الموصي ولا يدون به فادعى كل منهم شيا ولا
بينة هناك وجا اناس فطلبوا ودايع من الوصي على الاطفال وما لهم ثم
سوى المذكورين وكل منهم يشهد للاخر ويدهم على ما في البيت وكانوا يشاهدون
في دخولهم وخروجهم ومقامهم في المنزل في حياة الموصي الميت فما السبيل الى
صرف ما يدعيه كل منهم اليه ونواه ساحة الوصي او الناظر هل يكفي ايمان كل
واحد منهم على ما يدعيه ام لا بد من بينة عند الحاكم او شهادة من يرتضاه الوصي
ويسكن اليه كاف وهل يسمع قول الزوجة او بعض الساكنين المقيمين بالمسكن
ان هذه وديعة فلان ام لا بد من بينة وعلى المودع يمين مع البينة ام لا **٥** هل صح
الجواب اذا كانت ايديهم على ذلك فان اقروا بشي لبعضهم او غيرهم قبل
اقرارهم فان اختلفوا حلفوا وجعل بينهم بالسوية ولا يقبل قول الوصي ويقبل
شهادته بشرطها ومن شهد من ارباب الايدي قبل قوله في قدر نصيبه ولا
يقبل قوله في نصيب غيره حتى يثبت عدالته انتهى وقوله رحمه الله فان اقروا
بشي الى قوله وجعل بينهم بالسوية محمول على ما يدعون اختصاصهم به من ذلك
ويدهم ثابتة عليه وهم اهل للتصادق والا فاقرار الكامل لا يقبل في حق الناقص
من طفل ومحجور عليه واقادان يد الولد الكبير المساكن لابويه في المنزل مشاركة
لايديهما على ما فيه والظاهر ان الولد الصغير والمجنون ليس كذلك بل يكون تبعا
لهما لا غيرهما من الحكمية لكن سبق انه لا فرق بين ان يكون احد الزوجين
او الاخوين كبيرا او صغيرا وقد يفرق بالتبعية وهل البالغ السفيه مع الاب
كالرشيد فيه وقفة وهذا اذا لم يعهد له ولا للصغير والمجنون مال واما الغلام
الاجنبي فغير التنفس من الحاقه بالولد الكامل في غير ما يدل الحسه عليه
حزازه وربما سبق ما يمنعه وسكت رحمه الله عن جواب السايل انه اذا سكت نفس

الوصي الى قول المدعي والظاهر انه لا يكفي في الظاهر قطعا وان علم الموصي
صدق المدعي وامانته بل لا بد من الثبوت بالحاكم بشرطه ولا بد من اليمين المعتبر
في الحكم على الميت والصغير نعم يظهر انه اذا علم الوصي حقيقة الحال انه يسعه
ذلك فيما بينه وبين الله تعالى بل قد يجب عليه باطنا اذا كان لا يقبل قوله
فيه بمفرده حيث لا شاهد سواه والحاكم ممن لا يقضي بشاهد ويمين ونحو ذلك
او كان الحق لمن لا يمكن تحليفه في الحال كالاطفال ونحوهم والله اعلم **وسيل**
رحمه الله عمن باع بالغا وهو معترف بالرق له ثم ادعى بعد ذلك انه حر واظهر
كتاب عتق متقدم التاريخ على البيع فهل يسمع دعواه بما يخالف اقراره فان لم يسمع
هل للشهود ان يودوا الشهادة بالحرية حسبة وهو لا يدعيها **فاجاب** له
ان يدعي بذلك ويقيم عليه البينة ولو لم يقم البينة لوجب على من يعلم الحرية
ان يشهد بذلك حسبة انتهى وسبق مرات ما يناذع في سماع دعواه وبينته اذا لم يذكر
تاويلا محتملا والله اعلم لكن قد يفرق بان العرف هنا مطرد بان العبد يطلق على
نفسه انه مملوك فلان وكذلك غيره من الناس وان علموا عتقه وتحققوه فيقولون
هذا مملوك فلان كما يقوله هو عن نفسه نعم ان اقر على نفسه صريحا بانه باق في رقه
ففي سماع دعواه من غير تاويل ما اشرنا اليه **فصل** فيه جملة مما جمع من فتاوى
الشيخ تاج الدين ومعاصريه ومنهم المصنف رحمهم الله وايانا **٥** رجل كان له ملك
وللملك حق من الما تجري في ملك له اخر وكان حق الما المذكور وقد دثر وخربت قناته ذلك صح
فباع المالك الملك الذي فيه حق اجرا الما بجميع حقوقه ومرافقه ثم باع الملك الاخر
لاخر فاصلح المشتري قناته واراد اجرا الما في تلك القناة الدايرة وان يسوق الما في
ملك المشتري الاول فهل له منعه منه **اجاب** البرهان المراغي له اجرا الما وعمارة
القناة وليس للمشتري الاول منعه منه ولا من عمارة القناة وصحح على جوابه الشيخ
تاج الدين بن الحيوان قال الشيخ تاج الدين الفزاري ووافقهما ثم ظهر لي ان
له المنع من ذلك **قلت** ما افتوا به ظاهر لان الحق المستحق لا يبطل بتقدم
طريقته ولا مجراه بل يبقى ابدا هذا مقتضى المذهب ولا انعدام لشواهده نعم يظهر ان
للمشتري الاول الخيار اذا جهل الحال اشتري اذ دعا معلومه من ارض على ان يحفر

فنآة فاذا احفرها ربي التراب حول الفناة في ارض البايع وكان فلا شرك
للحفر بحقوق ذلك ○ قال الشيخ الفزاري الفركاح فكتب له ذلك ثم وقع
عندي تردد بسبب ان الف التراب في غير المبيع تصرف في ملك البايع والعقد
لا يوجب ذلك ثم قلت ويمكن تخريجه على ما ذكر الغزالي فيمن باع ارضا محفوفة
بملك البايع وشرط المرور فللمشتري المرور من جميع الجوانب وعندي بعد وقفه
انتهى والقياس المنع لما فيه من تعطيل ملك الغير التعطيل الدايم والتشبيه
بالمرور بعيد ثم قد توجه بان العرف جار بان من حفر قناة يضع التراب على
حافاتها فكان البايع رضي بذلك بحكم العرف وفيه نظر ○ له ارض لها شرب
من دولاب على سكر على نهر مباح فعمرها دارا وباعها بحقوقها ولم يعين في البيع
الدولاب والسكر المستحق لشربها فهل يدخل ذلك في قوله بحقوقها ام يقتصر
على ما يستحقه خصوصية الدار من طرق مياهها وحريم جدارها وهل اذا كان
في الارض المملوكة قناة تنبع لمالك او على جدار جذوع لغيره هل له ان يزيل ذلك
ملكه من غير بينة على عدوان الغرام لا وهذا اذا ثبت عليه حق فادعى على المدعي
انه يعلم عدم استحقاقه وطلب يمينه تتوجه عليه اليمين ام لا **اجاب** ايضا
بانه لا يدخل الدولاب والسكر الآن بقوله بحقوقها الخارجة عنها ولا يزال ابد
صاحب القناة والجذع الا ببينة تشهد بتعديه بذلك وتتوجه الدعوى بعلمه بعدم
استحقاقه ويلزمه اليمين **قلت** وما ذكر في الدولاب والسكر هو قضية
ما في الاشراف وروضة الحكام عند الاطلاق قال شريح الروياني والحقوق
الخارجة مثل المتقدم والساباط المنفصل ومجرى الماء ومسيل التراب المملوك من
نهر فان ذلك لا يدخل في اطلاق البيع وذكر الهروي نحوه واما اذا قال بحقوقها
فسبق في البيوع عن الرافعي انه لا يدخل مسايل الماء في بيع الارض وكذا لا
يدخل فيها شربها من النهر والقناة المملوكين الا بشرط او بقوله بحقوقها واما
ما ذكر من منع ازالة صاحب القناة والجذع الا ببينة تشهد بتعديه فعبارة
موهمة ومراده اذا لم يعرف اصلها اصلا اما لو عرف ان اصله اعان او اجارة موقتة
فحكمه مبين في كتاب الصلح على انه سبق في فتاوي القاضي الحسين والبغوي

ما يقتضي

ما يقتضي ان له ذلك وتكلمنا عليه **واما** ما ذكر من تحليف المدعي
في اطلاقه نظر يعرف مما سبق في طلبه يمين المدعي بعد قيام البينة عليه
بالحق ○ افتى ابن عبد السلام انه يصح بيع المصادر اذا لم يكن على عين البيع
وانه لا تسمع الدعوى بالاكراه ولا الشهادة به الا مفصلة وان يتفق الشاهدان
على ذلك التفصيل وانه اذا ثبت اقراره بالطواعية ثم ثبت دعواه انه اكره على
الاقرار بالطواعية الا ببينة تشهد على انه اكره على الاقرار بها واذا ثبت ذلك
فادعى انه اكره على الاقرار بها واذا ثبت ذلك فادعى انه اكره على الاقرار
بالقبض لم يثبت الا ببينة تشهد على انه اكره على الاقرار بالقبض الاكراه المعتبر
وتابعه على هذا جماعة كثيرة **قلت** وربما يفهم من كلام الايمة وما سلف في
كتاب الاقرار وغيره ما ينازع في هذا الحصر في البينة اذا دلت القراين على صدقه
في دعوى الاكراه فراجعه ○ اثبت دينا له على ميت وانه لم يزل مالكا جائزا لكذا
وحلف على الاستحقاق وطلب بيع الملك في دينه فنصب الحاكم عدلا باعه منه
ثم قاصص العدل البايع المشتري بالثمن من بعض دينه ثم آجر المشتري المكان
مدة سنين واقر بالاجرة لشخص عينه ثم غاب الى فوق مسافة القصر ثم حضر
شخص آخر فادعى على الميت دينا وحلف عليه وطلب من الحاكم المحاصصة في المبيع فهل
له ذلك ام لا لكون المبيع قد تعلق به حق المستاجر والمقر له بالاجرة فان وقعت
المحاصصة هل يحكم ببطلان البيع او يباع على الغايب ومع ذلك كله هل يحكم ببطلان الاجارة
والاقرار في القدر المحاصص به ام لا **اجاب** الشيخ عز الدين البيع صحيح فان
كان للميت تركة غير ذلك وفى الدين الثاني منها والا وقعت المحاصصة في ثمن المبيع
ولا يبطل البيع ويصح ايجار الاول لما يقابل قدر المحاصة لكن يوخذ منه من ثمنه قدر
المحاصصة ويحتمل ان لا يصح الايجار لذلك انتهى وهذا جواب مشكل ولعل جامع الفتاوي
اغفل شيا منه **واجاب** النصير مبارك بن الطباخ من المصريين عند تحقق
حصته انه وكذلك الاجارة والصادر وطالب المشتري بقدر حصة الغريم الثاني من الثمن
انتهى وهذا صحيح ○ له دين وبه رهن فاقر بان الدين لزوجته وابنه الذي
تحت حجره فهل ينفك الرهن بهذا الاقرار **اجاب** المصنف والشيخ عز

الفاروثي الشافعي ايضا بانه لا ينفك قال الشيخ تاج الدين والجواب ان
غلط صحيح فان الرهن ثبت للاول برضى صاحبه بيده ولم يرض بغيره فاذا انتقل
الدين الى غيره لم ينتقل الرهن اليه لانه لم يرض بيد الآخذ وصورة الاقرار
انه قال صار الدين لفلان وذو حقه بوجه حق صحيح وانما يصير الدين لها بذلك
بالحوالة والا فالدين لا يصير لها بوجه لازم بغير ذلك ثم لو قال هذا المقر
لم يكن اقراري صحيحا لانه لا حق لها علي وانما قصدت بذلك تخصيصها بهذا
الدين دون الورثة والحال في المسألة كذلك فانه كان مريضا حين اقر وذكر انه
قصد ذلك قال الشيخ فهل يقبل قوله في ذلك بيمينه لان ظاهر الحال واعتياد
الناس ذلك يشهد له فان قبل فهل يبقى الرهن كما كان قال الشيخ تاج الدين
بعد اعتراضه انه يقبل قوله وان الرهن لا يعود لان اقراره الاول اوجب فك
الرهن وذلك حق لآدمي فلا يقبل الرجوع قال وسمعت القاضي نجم الدين ابن
سني الدولة ابن الفقيه العلامة يقول ان هذه المسألة مسطورة اذا كان له دين
وبه رهن فاقر بالدين لآخر انتقل الدين بالرهن معه انتهى **قلت** ان
اقر بان اسمه في الوثيقة عارية وان المداينة والارتهان كان لها فبقاء الرهن
بحاله واضح وان اطلق الاقرار من غير بيان للحال فهو كذلك على احتمال ما وان
دل كلامه على انتقاله اليها بحوالة او بيع فالانفكاك هو الظاهر واعتراضه صحيح
وعجيب قوله فان الرهن ثبت للاول لا لآخره فانه يصلح ان يكون توجيها
لعدم اقراره به لا لانفكاك الرهن واما قبول المقر بيمينه انه قصد التخصيص
فظاهر في حق الولد بعيد في حق الزوجة لا يجيء على المذهب اصلا وانما قلنا به
في الولد لانا نرى ان الراجح قبول تفسير الاقرار المطلق له بالهبة ولا كذلك
الزوجة ونحوها ٥ طلبت الزوجة صداقها فدفعه اليها واراد السفر بها فحكم
الحاكم بالسفه فحضر شخص وادعى دينا عليها فصدقته فطلب حبسها وتعويقها
عن السفر فهل يجاب افتى الشيخ تاج الدين بانه لا يسقط حق الزوج من السفر
بها بذلك ووافقه جماعة من الفقهاء والقاضي النسائي ايضا قال الشيخ وخالف القاضي
عز الدين بن الصائغ في ذلك وحبسها وهو خطأ **قلت** ليس بخطأ وسبق عن

روضة الحكام في المسألة بعينها ان للمقر له حبسها ومنعها السفر معه
وانه لا يقبل قول الزوج ان قصدها بالاقرار الامتناع من المسافرة ولم يذكر
سواه وهو القياس نعم ذكر انه لو اقام الزوج بينة بانها قصدت بذلك تعطيل
المسافرة فهل يقبل وجهان ذكرناهما في باب القضاء واستبعدنا سماع هذه البينة
هكذا وقد يسمع على اقرارها قبل الاقرار للغير فيه نظر ٥ افتى الشيخ تاج الدين
بان شهادة الاجانب برشد امرأة اجنبية منهم مقبولة ووافقه البرهان المراغي
وجماعة فانكر ذلك عليهم القاضي ابن خلكان وقال انه خلاف نص الشافعي في
المختصر فانه نص انه لا يقبل الا شهادة المحارم واشار به الى قوله في المختصر
واحب للمرأة مع علم صلاحها لقلة مخالطتها في البيع والشرى ابعد فيختبرها النسا
وذوو المحارم بما وصف قال الشيخ تاج الدين ولم اجد هذه المسألة في النهاية
وقال القاضي ابو الطيب في تعليقه واما الاناث فذكر صفة اختبارهن ولم يتعرض
لتخصيص الشهادة بالمحارم وهذا موضع بيانه ولو كان كلام الشافعي يشير اليه
لبينه وانما عرض الشافعي للطريق الغالب في الاختبار دون الشهادة وقال
القاضي الحسين في تعليقه واما الجارية فيختبر بان تعاملها محارمها والنسوان وقال
الماوردي واختبار الجارية في رشدها اصعب من اختبار الغلام الذي يجوز للولي
اختباره وان كان اجنبيا وصرح في المهذب باختبار الولي المرأة من غير اشتراط
محرميته انتهى **قلت** وهذا استرواح ضعيف والظاهر الغالب ان
الاجانب لا يطلعون على رشد المرأة دينا ودنيا الا بالتسامع اذ المخالطة المطلقة
على ذلك ممتنعة وقد افتى الشيخ الامام ابو عمرو بن الصلاح بجواز الشهادة بالرشد
بالتسامع فان صح هذا اندفع وسبق عن القفال الكبير والقاضي الحسين تجويز الشهادة
بالاستفاضة وان الغزالي منع ذلك ونازعه الرافعي فيه كما بيناه فهو يقرب مما نحن
فيه ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة ومعرفة الرشد اصعب فيما نظن والله اعلم ٥ حجر
قاضي الشام الشافعي على امرأة اسد الدين بن موسك بالسفه وعمرها فوق الستين
بدعوى ابنها وهو صغير محجور عليه واقيم عنه من يدعي وسمع البينة وحجر
بذلك قال الشيخ تاج الدين رحمه الله وهذا لم يسبق اليه لان الصغير لا دعوى له وان

الذي اقيم نائبا عنه لانه ناظر في امور المحجورين فكيف ينفذ حكمه **قلت** وهذا اعتراض عجيب ومعلوم ان دعوى الصغير لغو قطعا ونصب الحاكم مدعيا لا يقدح في الحكم بسماع البينة بل له سماعها بالسفه ليحجر حسبه كما صرح به الائمة ولا نزاع اعلمه عندنا ان للقاضي ان يحجر على السفيه بالسفه المستمر وغير مما سطرا فما فعله القاضي لا انكار عليه فيه والله اعلم ان له دار ولجاره مكان ينزل منه الضو الى دار جاره من جداره فهل لصاحب الجدار ان يسد الكوة التي ينزل منها الضو الى جاره وهل له ان يهدم الحايط بالكلية ام لا **اجاب** البرهان المراغي ليس له هدم الحايط لحق الشرع ولا ان يسد الكوة لحق الجار وجوب القاضي بها الدين بن الزكي ليس له ان يسد الكوة وجواب الخطيب بن الخرستاني ان كان ذلك بحق فليس له ان يسدها وامتنع الشيخ تاج الدين من الكتابة فيها قايلا هذا لا يمكن ان يكون بحق فانه مجرد هوا والهوا لا يقابل بعوض وكتب عليها ابن البارزي قاضي حماه لا يسدها قال الشيخ تاج الدين وذكر لي تاج الدين ابن المنيذل انه وجدها نقلا في فروق الجويني قال الشيخ تاج الدين ثم خطر لي بعد ايام ان فتح الكوة يكون بحق اذا اشترى منه ذراعا من الحايط مثلا وفتح ذلك القدر كوة فان هذا عقد على عين وصار اولى بالجواز من بيع حق البنا على الارض وقد اجاز في الوسيط وليس في هذا الا انه تشبه بيع ذراع من ثوب ينقص قيمته بقطعه فان بيع ذراع من جدار لتصحيح كوة يفسد الحايط وتنقص قيمته فاذا فعل ذلك وحكم به حاكم لزم واستمر لانه موضع اجتهاد وعلى هذا ينبغي ان يقال مدعي الحق يقيم عليه البينة فان ذلك على خلاف الاصل انتهى **قلت** والذي في الفروق انه اذا استحق الجار ضيا الكوة في دار الجار فلو اراد الجار سد الكوة لم يكن له ذلك اذا كان فتح الكوة في الاصل بالحق والعدل وكذلك لو اراد اصحاب السفل ان يبنوا في عرصة الخان من الابنية الرفيعة المنسدة ما يمنع الغرف ضيا العرصة فلصاحب الغرف منعهم من ذلك انتهى وهذا اغرب والمفهوم من كلام غيره انه لا حجر على الجار في البنا واما سد الكوة فتفصيل ابن الخرستاني فيه متعين واوضح مثال لحق الاستضاءة ان يبني انسان دارين ويجعل في جدار

احدهما

كوة او كوى لاجل اضاءة الدار الاخرى ثم يبيعها بحقوقها ومرافقها فلا يملك سد الكوى هو ولا غيره لان الاضاءة منها من حقوق الدار المبيعة فيما يظهر والله اعلم ان ضمن دينا ثم اداه ومات فطلب وارثه الرجوع على الاصيل حيث له الرجوع فهل للاصيل تحليف رب الدين انه قبض ذلك المديون ام لا **اجاب** البرهان المراغي بان له ذلك قال الشيخ تاج الدين وظهر لي انه لا يحلفه لانه لا يتعلق له في المدعوى به **قلت** والظاهر ان المراد انه لما طالب وارث الكفيل الاصيل بما اداه موروثهم عنه زعم الاصيل انه ادى دينه بنفسه ورام تحليف الداين ولا شك في اجابته اليه او ان المراد ان الكفيل لم يؤد اليك شيا فلا رجوع لورثته وهو ما فهمه الشيخ فهذا محتمل لكن قوله قبض ذلك من المديون ولم يقل من الكفيل يوجب التوقف فيه والله اعلم ان زوج ابنه على صداق ضمنه فمات الابن وترك ما يفي بالصداق فاراد وارثه ان يوجد الصداق من الاب ويسلم التركة ميراثا لان الاب كان قد ضمن بغير اذن الابن **اجاب** الشيخ تاج الدين بان للضامن الامتناع من الادا حتى يقضي الدين من التركة ووافقه المراغي قال الشيخ واعتمدت في هذا الجواب على ان الدين تعلق بالتركة تعلق الشركة واذا كان الحق متعلقا بالذمة وبالعين كان لمن الدين في ذمته ان يمتنع من الادا حتى يوفي من العين بدليل ان من عليه رهن لا يلزم الادا اذا امكن استيفا الدين من الرهن وايضا فالدين لا يسقط بالضمان من ذمة الاصل فاذا مات تعلق بتركته ولا ميراث الا بعد قضا الدين بنص القران فلو جاز الزام الضامن بالادا وان يبقى التركة للوارث لتقدم الارث على الدين ثم قال وجدت في الغاية مختصر النهاية لشيخنا عز الدين بن عبد السلام في باب الضمان مات الاصيل فاراد الكفيل الزام رب الدين بعضه من التركة او ان يبريه من الضمان فله ذلك على اظهر الوجهين وفي النهاية ان الاجل اذا ثبت مقصودا في حق الضامن فمات الاصيل وحل الدين وكانت تركته عيدا وافية فقال رب الدين لست اطلب حقي التركة فهل للضامن ان يقول اما ان تاخذ حقك من تركته ناجزا او تخلصني من عهدة

الضمان واما ان برئ عن الضمان فعلى وجهين اظهرهما في النقل ان للضامن
ذلك والثاني ليس له ذلك وهو ظاهر القياس وقد ذكره الشيخ ابو علي رضا
انتهى قلت وفيما افتى به رحمه الله نظر وليس لوارث الابن الاعتراض
في الواقعة ولمن طلب الانفا للزوجة ومن ينوب عنها وحينئذ فالقياس
الظاهر ان لها التعلق بالتركة قطعا ومطالبة الضامن على حسب اختيارها
ولا مدفع لمطالبتها للضامن بالدين الحال ولاسيما اذا كان ابقاؤها يتاخر
الى بيع اعيان التركة ونحو ذلك والضامن حل بادر على الانفاق في الحال واما مسألة
الرهن فسبق الكلام فيها او في نحوها مع ابن الرفعة ومنازعته فيما ذكره من ذلك
اقر انسان جميع ما في يده من الاملاك من مقسوم ومشاع بينه وبين اخيه بالسوية
الا ما وقفه او اقر به ومضى على ذلك مدة فمات المقر له وطلب ورثته نصف الاملاك
فادعى المقر انه وقف او ملك كذا فهل تقبل دعواه ام يحتاج الى بينة واذا
طلب الورثة من الحاكم تسليم نصف الموجود في يده فهل تنشر حجة الوقف وهل
يحتاج الى ذلك ام لا اجاب الشيخ تاج الدين انه يلزمه تسليم الاملاك ويحتم
الحاكم الى ذلك ووافقه البرهان المراغي واجاب الشيخ شرف الدين المقدسي
اذا لم يكن المقر به والموقوف مبينا كان مجهولا ويصير اصل الاقرار مجهولا ويقبل
قوله في الوقف والاقرار قال الشيخ تاج الدين رحمه الله والظاهر ان الصواب
ما كتبته ثم وقعت المسألة ثانيا بحماه ووردت دمشق وصورتها رجل ادعى على عمه
نصف املاك عددها وسماها وانها مخلفة عن ابيه اخ المدعى عليه فانكر فاقام المدعي
بينة باقرار المنكر بذلك وطلب منه الحاكم بينة تشهد بان هذه الاماكن المدعى
بها كانت في يد المقر حالة الاقرار فانها غير معينة في كتاب الاقرار فهل يلزمه
ذلك واذا اقام به بينة فقال العم او وكيله هذا الاقرار تضمن اقرارا باملاك مجهولة
وفيها استثناء مجهول وهو قوله ما عدا ما اقر به ووقفه فلا يصح فهل يسمع منه ذلك
وهل يصح الاقرار ام لا فان قلتم يصح فقال العم وقفت واقررت بكذا او كذا
وعدد مواضع كثيرة من جملة ما ثبت انه كان بيده حالة الاقرار فهل يقبل قوله
بلا بينة ام لا فان قلتم لا بد من بينة فهل يسمع بينة شهدت عليه بالوقف والاقرار

قبل اقراره هذا ام لا فرق بين ما اقر به قبل وبعد ولو لم يكن بينة
فقال المدعي اقررت بموضع واحد ووقفت اخر فقال بل اقررت بمواضع
ووقفت مواضع فقول من يسمع منهما ولو سلمنا ان المقر لم يدع شيئا الذي
سلمه الى المدعي واخوته اولاد المقر له فكتب الشيخ تاج الدين الاقرار
صحيح ويلزمه حلفه في كل ما قامت البينة انه كان في يد المقر حالة الاقرار
الا ما يستثنيه والقول قول المقر في المستثنى مع يمينه وصحح الشيخ محي الدين
المصنف على جوابه وكتب الشيخ شرف الدين المقدسي نعم يلزمه اقامة البينة
انه كان في يد المقر حالة الاقرار والاقرار المذكور صحيح ولا يسمع الدعوى بانه
باطل بسبب جهالة المستثنى والقول قوله في تعيين ما وقفه واقر به
من النصف الذي كان تحت يده حال الاقرار دون النصف الذي كان تحت
يد اخيه والد المدعي واذا سكت المدعى عليه طولب بالجواب فان اصر ولم يذكر
شيا جعل ناكلا وعين المدعي الاماكن المستثناة وحلف وسلم اليه نصف
ما عدا ذلك انتهى ○ باع بدينه عليه نصف بستان بيعا صحيحا وليشهد
به شهود انه مات البايع فادعى وارثه ان البيع الجاري بينهما كان بيع امانة
وانه متى جاء بالثمن رد عليه المبيع واقام بذلك بينة فهل يعمل ببينة الفساد
ام ببينة الصحة اجاب شرف الدين المقدسي بانه اذا شهدت
كل واحدة على انشاء العقد على ما ذكرت تعارضتا وسقطتا وبقي كما لو لم تكن
بينة فيصدق من يدعي نفي الشرط وان شهدت واحدة باقرار واخرى على
الانشاء فهي اولى فان معها زيادة علم وان شهدتا على الاقرار تعارضتا وسقطتا
انتهى وكان هذا حيث لا تاريخ اما لو ورختا وتقدم اقرار بانه اشتراه
بالشرط المذكور اخذ به لا محالة ○ وقف سهمين مشاعين من تسعة اسهم
مقسومة من اربعة وعشرين سهما من قرية مشهورة ذكر حدودها بكمالها في
كتاب الوقف ولم يذكر حدود الاسهم التسعة فشهد اثنان ان الواقف
مالك حائز للسهمين الموقوفين الى الوقف ولم يتعرضا لحدود السهام التسعة
فهل تسمع هذه الشهادة اجاب الشيخ تاج الدين تسمع وليس للحاكم سؤال الشاهد

عن الحدود واجاب المراغي اذا شهدا بان الواقف كان مالكا للسهمين
وقد وقفهما على الوقف لكن عند وجود منازع يحتاج الى تعيين التسعة التي
الموقوفات منها واجاب الكمال سلار بان هذه الشهادة لا تسمع **قلت**
وهو الموافق للمنقول كما سبق فيما اراه والله اعلم ○ شهد اثنين فسال الحاكم احدهما
فقال شهدت على المقر انا وفلان وسمى شخصا فسال الحاكم الشاهد الاخر
فقال انا شهدت عليه وحدي فهل تقدح ذلك فيهما او في احدهما **اجاب**
زين الدين عمر بن مكي وكيل بيت المال انه لا يقدح فيهما ولا في احدهما ووافقه
الشيخ تاج الدين قال وفي خاطري منه شيء **قلت** ان صرح للاول
بانهما شهدا عليه مجتمعين في مجلس واحد واقتضى لفظه ذلك فهو نظر وان اطلق
كما ذكر في السؤال فلا توقف وان تبادر منه اجتماعهما على حسب التحمل في آن واحد
اذ الكلام محتمل صحيح ○ وقف حصة من مكان ولم يذكر الحدود حين الوقف ومات
فخرج الشهود بعد ذلك ووقفوا على الحدود وادوا الشهادة بالوقف معينا
افتى الشيخ تاج الدين انه ليس لهم ذلك ولا تقبل شهادتهم المعينة والحالة
هذه ووافقه الجماعة على ذلك ○ مدرسة موقوفة من مائة سنة ادعى رجل
ان النظر له فيها وفي اوقافها ولم يسند النظر الى الواقف ولا انه تلقاه من
جهته وكتب محضرا فشهد له جماعة عدول ان له النظر في هذه المدرسة وفي اوقافها
وليس منهم احد شهد على الواقف ولا على شهادة من شهد على الواقف فسالهم
الحاكم المنازع لديه عن مستند شهادتهم هل هي على الواقف واقراره او بالاستفاضة
فلم يبينوا ذلك وصمموا وقالوا نعلم ذلك فهل تنزل هذه الشهادة بمنزلة الشهادة
بالاستفاضة وتلحق بها ام لا واذا كانت بمنزلة الشهادة بالاستفاضة فهل
تسمع شهادتهم ويثبت النظر له ام لا وهل يلزمهم بيان الشهادة المذكورة ام لا
اجاب العماد بن الشيرازي بانه لا يجوز للشاهد ان يشهد بذلك ما لم
يسمع ذلك من الواقف او ممن فوض الواقف اليه النظر وشرطه له ان يفوض الى
غيره بحيث يسند ذلك كله الى الواقف بشرطه ذلك لنفسه في كتاب الوقف والا
فتكون هذه شهادة بالاستفاضة بذلك ولا يثبت مثل هذا النظر بالاستفاضة

واجاب ابن الصلاح عما مثاله اذا كانت الحال في ذلك ما بين تلقي ذلك
من السماع من الواقف وممن له التفويض فذلك محمول على مستند الاستفاضة
وليس يظهر ثبوت ذلك بشهادة الاستفاضة ثم ان شهادة من شهد بان النظر
لفلان من غير بيان السبب غير مقبولة على ما هو الظاهر كما لو شهد بان الارث
لفلان من غير بيان سبب **قلت** وقد عمت البلوى في هذه الازمان
وقبلها بان الشهود يشهدون لشخص بالنظر وان له ولاية الاسناد وان له
كذا وان له كذا وان من مات من اولاده الى انواع من ضروب شتى من جهة النظر
والاستحقاق كما يذكره الواقف حين انشائه الوقف من غير بيان اصلا ويكون
بين هذه الشهادة وبين انشاء الوقف مدد لم يدركها الشهود ولا قاربوا ادراكها
ويثبت ذلك قضاة العصر الشافعية ويحكمون به ويتوارث درجه المستند التنظد
وعمل على ما ذكر المسند كانه الواقف ولا شك ان هذه مجازفة صادرة عن
جهل من الشاهد وغيره ولا سيما واكثر الشهود عوام بمره والصواب في هذا وامثاله
استفسارهم ○ امراة تصرفت وسب ذلك وانها تعلمه حال جواز امرها كماده
المكاس ثم حضر من ادعى انها ما فعلت ذلك كانت سفيهة عن حالة التصرف
واقام بذلك بينة فاي البينتين تقدم **وعرض السؤال** على الشيخ
تاج الدين فقال لا تسمع بينة السفه ثم عرض السؤال عليه وفيه خطوط جماعة
بان بينة السفه تقدم فخطاهم وقال هذا عندي خطا **قلت** وفي كونه
خطا نظر وبه افتى ابن الصلاح وغيره ويجب اطلاقه انه لا تسمع بينة السفه والظاهر
ان شهود المكتوب بنوا شهادتهم بجواز امرها على ظاهر الحال فمع بينة السفه زيادة
علم كالجارح مع المعدل على ان في شهادة الاجانب للاجنبية بجواز التصرف
والرشد ما فيها ○ اقام بينة ان مكان كذا المنسوب الى وقف فلان استحقه
بطريق الوقف وانه لا شريك له فيه والوقف بيده واقام آخر بينة ان المكان
الفلاني المنسوب الى وقف فلان وقفه على ابنه فلان وعلى ابنته فلانة
وعلى نسلهما وعقبهما واثبت انه من نسل بنت الواقف واراد مشاركة الاول
فاي البينتين تقدم ○ تردد الشيخ تاج الدين فيه ثم راى ان الشهادتين

رجحان الى الاستفاضة فان الوقف من تاريخ متقدم لا يمكن ان الشهود يشهدون على الواقف واذا كان كذلك فالشروط لا تثبت بالاستفاضة واصل الوقف ثبت وصاحب اليد مستحق بحكم اليد ولا بد للخارج مما ذكر انما هي بطريق شهادة الاستفاضة في الشرط فلا تسمع فكتب بعد ذلك تقدم بينة صاحب وو افقه الجماعة في ذلك ۞ اجدادا وجماعة عشر سنين ثم مرض المؤجر فكتب بينه وبين المستاجر مباراة مطلقة من جميع الحقوق والدعاوي وانواع المطالبات فهل يدخل الاجارة في ذلك **افتى** الشيخ تاج الدين بانها تدخل وافتى القاضي بهاء الدين بن الزكي بانها لا تدخل في ذلك **قلت** وسبق عن ابن الصلاح ما يوافقه ۞ ادعى على ميت دينا واقام بينة فقدح الوارث في الشاهد باثبات عداوة بين الوارث وبينه فهل يكفي ذلك مع ان الشاهد انما شهد على اقرار الميت **افتى** الشيخ تاج الدين بان ذلك لا يكفي **قلت** وفيه نظر وسبق عن البحر في ذلك احتمال وجهين احدهما لا يقبل شهادتهم لان الضرر يلحق الوارث فهي شهادة على الخصم في الحقيقة ثم ذكر الوجه الآخر ولم يرجح شيئا والمختار عندي الرد لقوة التهمة وايضا فهي شهادة على الوارث لان التركة انتقلت اليه بموت مورثه ۞ رجل بيده قطع ملك محدودة مفروزة ثابت على الحكام بها فادعى انسان حصة مشاعة في القرية التي القطع منها واثبت ذلك واراد مقاسمة صاحب القطع فهل له ذلك ام لا واذا حكم الحاكم بذلك واذن في القسمة هل تنقض القسمة والحكم **اجاب** الشيخ تاج الدين بان المدعي لا يستحق مقاسمة صاحب القطع ولا يجوز للحاكم الاذن في ذلك ولو اذن وقسمت كانت القسمة منقوضة وكذا لو حكم كان حكمه منقوضا ووافقه ابن سني الدولة والمراغي والجماعة كلهم من الشافعية والحنابلة والحنفية انتهى ما انتقاه من فتاوي المتاخرين ومن تقدمهم مع العلم بان غالب ما ذكر يخرج مما سبق عن الاصحاب عند التامل بموافقة او مخالفة وانما ذكرت ذلك لاني رايت من يعتمد هذه الفتاوي من قاض وغيره من غير نظر في كلام الاصحاب لقصوره وكثير منها لا يجي على المذهب الظاهر والله اعلم **قال** رحمه الله **فصل**

شرط

شرط القائف مسلم عدل مجرب ۞ لا خفا في اشتراط الاسلام والعدالة اذ كل من الكافر والفاسق مردود الشهادة والخبر والظاهر وبه جزم الرافعي ولم يتعرض البغوي في التعليق له ولا التهذيب لذكر العدالة فيه نصا وعبارة التعليق وينبغي ان يكون مسلما بالغا عاقلا ذكرا ان المراد العدالة المعتبرة في قبول الشهادة فلا تكفي العدالة الظاهرة وسياتي في ذلك كلام وقول المحرر ان يكون بالغا عاقلا عدلا استغنى المنهاج عن الاولين بقوله عدل وعبارة الامام واذا سامح فيه فلا شك انه يشترط عقله وبلوغه وورعه انتهى وعبارة الجرجاني ثقة وقوله مجرب يشير الى انه لا بد من معرفته بهذا النوع والالم يعتمد قوله كما ان من لم يعرف علمه بالاحكام لا يصح قضاؤه ثم كيفية التجربة ان يعرض عليه ولد في نسا اجنبيات ليس فيهن امه ثم في نسوة ليس فيهن امه ثم في نسوة ليس فيهن امه ثم في صنف رابع فيهن امه فاذا اصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك هكذا ذكره في الوجيز والمحرر وغيرهما وعبارة تعليق الشيخ ابرهيم المروذي وانما تثبت القيافة بالاختبار بان يؤتى بعشر نسوة وعشرة اولاد من غيرهن ويقال الحق كل ولد بامه فان الحق ولدا بامراة علمنا انه لا علم له ولو تقاسم عنهن يؤتى بعشر نسوة مع اولادهن ويقال الحق فان اخطا علمنا انه لا علم له وان اصاب ثبتت القيافة له انتهى ۞ وهل تختص التجربة بالام فيه وجهان ۞ الذي ذكره القفال والفوراني واورده البغوي والغزالي والامام الاختصاص فان الولادة فيهن مستيقن ثم قال الامام ولست ادري هل يقع الاكتفا بان يريه وكذا مشهور النسب بين رجال ليس فيهم ابوه والاظهر تخصيص التجربة بالنسا لما ذكرناه والصحيح وبه اجاب العراقيون وغيرهم الجواز الا ان العرض مع الام اولى قال الرافعي وحكوا هذا عن نصه في الام والظاهر ان مرادهم انهم حكوا عنه الاكتفا بالعرض مع الاب لا انه مع الام اولى ولفظ الام في باب دعوى الولد فاذا احضرنا القائف والمتداعين للولد او ذوي ارحامهم ان كان المدعون له موتى او كان بعض المدعين له ميتا فاحضرنا ذوي رحمه احضرنا احتياطا اقرب نسبا وشبها في الخلق والسن والبلد بالمدعين ثم فرقنا بين

المتداعيين منهم ثم امرنا القايف يلحقه بابيه او اقرب الناس بابيه ان
لم يكن له اب وان كانت معدام احضرنا بها نسا في القرب منها كما وصفت ثم بدلها
فامرنا القايف ان يلحقه بامه لالان للقايف في الام معنى ولكن يستدل
به على صوابه في الاب ان اصاب فيها ويستدل على غبيه ان اخطا فيها انتهى
لفظه وفيه فوايد وربما دل على ان العرض مع الاب اولى او انهما سوا واما
كونه مع الام اولى فلا بل ظاهر كلام ابن اللبان في كتابه الايجاز ان العرض
انما يكون مع الاب فقط وحكى ابن الرفعة عن زوايد العمراني نقل وجهين
عن رواية ابن اللبان عن الاصحاب في كيفية العرض على القايف احدهما يجب
مع احد الابوين فان نفوه عنه ثبت نسبه من الاخر وان الحقوه به عرض مع
الاخر فان الحقوه به ايضا فقد بان خطا القايف ويري الاخر والثاني يري معهما
جميعا انتهى ومراده بالابوين المتداعيين للولد والله اعلم ثم قال الرافعي واختلف ٦
الناقلون فمنهم من قال يعرض عليه مولود مع ابيه في رجال او مع امه في نسوة فيقال
الحقه بامه او يعرض عليه اولاد نسوة وامه بينهن فيقال الحق ولدها بها ولم
يشترط التكرار ومنهم من قال لا يكفي العرض مرة واحدة فانه قد يصيب فيها اتفاقا
ولكن يعرض عليه ثلاث مرات واليه ذهب الشيخ ابو حامد واصحابه وذكر الامام
انه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثا بل المعتبر غلبة الظن بان ما يقوله عن خبرة
وبصيرة لا عن اتفاق والظن قد يحصل بما دون الثلاث وهذا كالتوسط بين
الوجهين الاولين واذا حصلت التجربة اعتمد على الحاقاته ولا يجدد التجربة
اعتمد على الحاقاته ولا يجدد الامتحان لكل الحاق انتهى وعبارة النهاية هنا قال
الشيخ ابو حامد لا يكفي ان يجرب مرة واحدة بل يجرب ثلاث مرات وراى ذلك حتما
ولم يجعله احتياطا ولو اريناه المولود بين نسوة ليس فيهن امه ايضا فلم يلحق وكررنا
عليه هذا النوع فاستند في عدم الالحاق ثم الحق بالام فلست ادري ان ما تقدم
من درك استناده هل يكتفى ام لا بد من تكرر الالحاق منه والذي يجب ان يكون
عقد المذهب ومعتبره ان يظهر حذقه وكيسه ويبعد حمل ما صدر منه على
وفاق ويجب ان يتناهى في الاحتياط حتى لا يكون القايف مطلعا من قبل بعيان

او تسامح انتهى لفظه وفي البسيط قال الشيخ ابو محمد لا يكفي التجربة مرة
بل يشترط الثلاث والصحيح ان هذا كتعليم الكلب فلا يتعدد بعدد بل
ما يحصل ظاهرا بهدايته **قلت** واذا كان كتعليم الكلب جا فيه ظنا م
ما سبق فيه من الخلاف واعلم ان عادة المحاملي في المقنع والمجموع ايضا وانما
يعرف كونه من اهل الصنعة بان يترك مولود ثابت النسب من رجل مع جماعة
ليس فيهم ابوه ثم يقال له ايما ابوه من هولا فانه قال ليس فيهم ابوه ترك مع
جماعة فيهم ابوه ويقال ايما ابوه فاذا اخبر بذلك علم انه يعرف الصنعة انتهى والمجموع
مختصر تعليق شيخه ابي حامد وهو يقدح في نسبة اشتراط الثلاث الى
ابي حامد واصحابه ونسبه الغزالي الى ابي محمد فالله اعلم قال قاضي حماه البارزي
قولهم لا يكون في الثلاثة الاول لاحد ابويه مشكل فان المجرب قد يعلم ذلك فلا
يبقى فايدة في الثلاثة الاول وقد نصت في الرابعة اتفاقا فلا يوثق بالتجربة
فالاولى ان يعرض مع كل صنف ولد لواحد منهم او في بعض الاصناف ولا يخص
به الرابعة فاذا اصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك وينبغي ان يكتفى بثلاث مرات انتهى
قال والاصح اشتراط حر ذكر اي كالقاضي والثاني يجوز الرجوع الى
العبد والمراة كالمفتي وبني الفوراني الوجهين في العبد وغيره على ان القيافة
كالحكم او كالقسمة والخرص ورواية الاخبار واقتضى ايراد البغوي في
التعليق نقل طريقين المذهب اعتبار الحرية والذكورة كالقضا والثانية
على وجهين اصحهما الاشتراط **قال** لا عدد اي كالقضا والفتوي هذا
هو المذهب والمنصوص في الام والثاني لا بد من اثنين كما في التزكية والتقويم
والشاهد فيه كما قال الامام حديث المدلجي ولان عمر رضي الله عنه دعا بقايفين
وقال في العدة انه مخرج من اعتبار العدد في القسام والخارص وقال الدارمي
ان قلنا لا بد من اثنين روعي شروط الشهادة فان قلنا واحد قيل شرط الخبر
وقيل لا يجوز انتهى وفي تعليق البغوي ويجوز ان يكون القايف واحدا كالقاضي
ولا يجوز اثنان هكذا رايته فيه ولعله تحريف يكون صوابه ولا يجب اثنان كما
اقتضاه كلام التهذيب **قال** ولا كونه مدلجيا اي بل ساير الناس

من العرب والعجم يشاركونهم فيه لان القيافة نوع من العلم فمن تعلمه
عمل بعلمه هذا ما صححه العراقيون والاكثرون والثاني انه يشترط قال الرافعي لان
الصحابة رجعوا الى بني مدلج دون سائر الناس وقد يخص الله جماعة بنوع من
المناصب والفضائل كما خص قريشا بالامامة وهذا ما صححه الامام والغزالي
وبعض المراوزة قال الماوردي وصوبوهم وقال المحاملي ليس بشيء **تنبيهات**
وتتمات المشهور نقل الخلاف وجهين وفي فروع ابن القطان ما لفظه
اختلف قول الشافعي هل القيافة شيء خص به بنو مدلج او يصح في سائر الناس
بالاجتهاد على قولين انتهى قال الرافعي وذكر القاضي ابن كج بناء على اعتبار
اهلية الشهادة ان قيافة الاعمى والاخرس لا يجوز وانه اذا كان القائف ابن
احد المتداعيين فان الحق الولد بغيره ابنه قبل وان الحقه بابيه لم يقبل وان
كان بين القائف واحدهما عداوة فان الحقه بالعدو قبل وان الحقه بغير العدو
لم يقبل لانه كالشهادة على العدو قال ولو كان القاضي قائفا فهل يقضي بعلمه
فيه الخلاف بالقضاء بالعلم **قلت** ويشبه ان يأتي فيه الطريقان في
اعتماده علمه في التقويم جزما تبعا للامام انه اذا جرب اعتمد الحاقه ولا
يجدد التجربة ويتبادر من هذا الاطلاق انه لا يحتاج بعد الى تجديد تجربته وان
وقع منه خطأ في الالحاق بعد ثبوت التجربة لكنهما نقلا من بعد عن القفال واقراه
انه اذا الحقه بالمتداعيين لم يعتمد بقوله حتى يمضي عليه زمان يمكن العلم فيه ويمتحن
حينئذ ثم يعتمد **قلت** ويحتمل ان يحمل هذا فيمن قرب العهد بتجربته
ومعرفته القيافة دون من اشتهر وتحقق معرفته بها على تقادم الزمان فان تحقق
خطاؤه مرة فلا يحتاج الى تجديد امتحان كالمجتهد اذا اخطأ في فتوى او قضاء مرة
ونحوها نعم ان غلب عليه ذلك رد قوله كالشاهد يغلب عليه الخطأ قال الدارمي
اذا لم يعرفهم قيل لا يسألهم حتى يعرفوا وقيل اذا اخبرهم سألهم انتهى فيحتمل
ان يريد انه لا يسألهم على وجه بمجرد الاخبار بل بعد ان يعرفوا بذلك وفي وجه
انه اذا اخبرهم جاز ان يسألهم في الحال والله اعلم يخرج مما سبق وغيره ان
شرط القائف ان يكون مسلما حرا ذكرا مكلفا عدلا بصيرا ناطقا مقبول الشهادة

وذكر

وذكر الماوردي تفصيلا في اشتراط معرفته نقفه في الباب الثاني ان شاء الله
تعالى بيانه **فروع** تعرض الولد على القائف بعد موته على الاصح
ما لم يتغير او يدفن وقيل لا يعرض بعد موته وينبغي ان يجوز نبشه للعرض اذا لم
يكن تغير فان النبش يجوز لدون ذلك من الامور الا ان يكون هناك من
بثوت مناسبه في العرض فلا فتأمله وقال ابن اللبان ان كان له ولد يرى
القائف ولده وهذا ما ذكره القاضي الحسين وكذا ان عدم الولد فوالد الولد
ذكره في العدة فان مات الابوان قبل ثبوت النسب من احدهما عرض
مع عصبة من ابيه او ابنه واخوته واخواته واعمامه وعماته وفي الرضاع من الحاوي
انه يعرض مع الاب دون الاخ والولد على وجه فان لم يكن من يعرض معه
فهل ينقطع العرض عن القائف لموته قبل الدفن فيه الوجهان المذكوران
في الاب لا يعرض بقول الداعي عندنا التنازع في السخلة خلافا للاصطخري لانه
لم يثبت وانما القيافة في الادمي خاصة لشرفه وحفظ نسبه **قال** فاذا
تداعيا مجهولا اي طفلا مجهول النسب لقيطا كان او غيره كما قاله المحرر
وغيره والمجنون البالغ كالطفل عرض عليه اي على القائف وسنذكر ان
شاء الله الدليل على اعتبار قول القائف وعرض البالغ العاقل عليه واعلم
انهما اطلقا الكلام هنا كالمنهاج من غير فرق بين ان يكون لاحدهما عليه
يد او لا ثم قال الرافعي من بعد ولو تداعى اثنان صبيا مجهولا فقد اطلق الغزالي
ههنا انه يلحق بصاحب اليد وكذا نقله القاضي الروياني عن القفال والاشبه
بالمذهب تفصيل ذكره في اللقيط وهو انه ان كان في يده عن التقاط لم يؤثر
وان لم تكن عن التقاط فتقدم صاحب اليد ان تقدم استلحاقه على استلحاق الاخر
والا فوجهان اي اصحهما يستويان كما سبق فيعرض على القائف وعبارة الامام في
النهاية ولو صادفنا صبيا صغيرا في يد انسان وكان يسترقه ولا نعرف فرأيناه يسند
الولد اليه فالنسب يلحق بظاهر اليد مع الانتساب حتى لو جاء انسان واستلحقه
فلا حكم لاستلحاقه ولو دعانا الى الاحتكام الى القائف لم نجبه وهذا ادا ابنه
متفقا عليه بين الاصحاب ثم حكى وجهين في انه لو بلغ وانتفى عمن كان تحت يده

في صباه هل تقبل استفادة ثم قال قالوا اعني الاصحاب اذا كان في يده
صبي ويدعي نسبه ويزعم ان زوجته اتت به والزوجة ساكتة لادته
فالنسب ملحق وان انكرت فلو جا خارجي وادعى نسبه وزوجة الخارجي
تزعم انها ولدته على فراش الخارجي فالابوة ثابتة لمن الطفل في يده واختلف
اصحابنا و اذلك في الام فقال قايلون هو ابن صاحب اليد وان زوجته
الخارجي فلا منافاة فلعله وطيها بشبهة وهذا اذا جعلنا للمراة دعوة ومنهم
من قال هو ملحق بمن صوفي يده وان انكرته ومنهم من قال الابوة تثبت لذي
اليد ولا قايف في ذلك وترى الولد القايف بين زوجته وزوجة الخارجي
انتهى لفظه قال وكذا لو اشتركا في وطء فولدت ممكنا منهما بان
وطيا بشبهة او مشتركة لهما او وطي زوجته وطلق فوطيها آخر بشبهة او نكاح
فاسد او امته فباعها فوطيها المشتري ولم يستبري واحد منهما وكذا لو وطي
منكوحة في الاصح اي وطء منكوحة لغيره بشبهة فاذا اشترك اثنان
فصاعدا في وطي امراة فاتت بولد لزمن يمكن ان يكون من كل منهما او منهم كما
سياتي بيانه وادعاه كل منهما او منهم عرض على القايف عندنا واعلم ان الدعاء
ليس بشرط اذا تحقق وطوها وامكن كونه منهما كما سنذكر وعبارة المصنف
موهمة لاشتراط النداعي ثم الاشتراك في الوطي من وجوه عددا المصنف اكثرها
وهل منها ما لو اكرها على وطي امراة وقلنا بتصور الاكراه فيه كما هو التصحيح
واما صورة الوجهين في الكتاب وهي ما اذا وطي بالشبهة من هي في فراش
غيره في نكاح صحيح قال الرافعي فعن القاضي ابي الطيب وهو ما في الشامل ان
الولد يلحق بالزوج لانها فراشه والفراش اقوى من الشبهة كما انه اذا طلقها
زوجها وانقضت عدتها فنكحها آخر فاتت بولد يلحق به وان امكن ان يكون
من الاول لانها فراش الثاني والاظهر على ما ذكره القاضي الروياني وغيره وهو
ما اورده الامام قلت والمحاملي في المقنع والمجموع والشيخ ابو حامد والجرجاني
وغيرهم انه لا يتعين الزوج للالحاق بل الموضع موضع الاشتباه والعرض
على القايف وليس كالصورة المستشهد بها لان العدة امارة ظاهرة في

حصول

حصول البراءة عن الاول وههنا بخلافه انتهى قال ابن الرفعة اثر هذا وما
حكي عن القاضي ابي الطيب موافق لما رواه في باب اللعان عن ابي اسحق
والي علي الطبري ان له ان يلاعن لنفي الولد عند نسبتها اليه وطي الشبهة
والمحكي عن ابن الصباغ في المسئلة المستشهد بها يناقض ما حكاه في كتاب
اللعان فانه قال اذا اتت بولد فقال هو من زوج قبلي وعرف لها زوج وكان
يمكن ان يكون منهما انه يري القايف وسبق الكلام على هذه المسئلة في اللعان
وفي اول هذا الباب وقد يظهر عن بعض الناقلين فيهما ما قصد فليتامل انتهى
قلت ولم ار في كلامه ما اشار اليه وكلام الرافعي وغيره على المسئلة
فيه اضطراب في الجملة فانه قال هنا بعد ما سبق عنه بقليل اذا ادعى نسب
مولود على فراش غيره بسبب وطي شبهة اتفق فان قلنا ان وطي الشبهة اذا
كانت المراة فراشا للزوج لا اثر له والولد يلحق بالزوج ولا اعتبار بقوله
وان جعلناه موثرا فلا يكفي اتفاق الزوجين عليه بل لا بد من البينة على
الوطي لان للمولود حقا في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه فاذا قامت البينة
عرض على القايف فان كان المدعي نسبه بالغا واعترف بجريان وطي الشبهة
وجب ان يكفي انتهى وكذا قال الامام والغزالي هنا انه لا بد من بينة
تقوم على الوطي بالشبهة حتى يعرض على القايف واقتضى كلام الرافعي في
كتاب اللعان والمصنف وغيرهما انه يكفي للعرض على القايف في هذه الصورة
موافقة الواطي ودعواه الولد وسكتوا عن اشتراط البينة واقتضى كلام
الرافعي والامام هناك انه تشترط للعرض موافقة الواطي ودعواه الولد واعتبر
الماوردي تصديق الزوج للواطي بالشبهة دون تصديق الزوجة لانه املك
بفراشه منها ثم ذكر الرافعي هنا بعد تقدير انه لا بد من البينة على الوطي بالشبهة
ما لفظه اذا وطيا في طهر واحد واتت بولد يمكن منهما فادعاه احدهما وسكت عنه
الآخر او انكر فقولان احدهما يختص بالمدعي واظهرهما يعرض على القايف لان
الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بالانكار وترك الدعوى وان انكر
معا يعرض على القايف ولا يبطل نسبه انتهى وهذا الكلام وان حمل على غيره

ذات الفراش الصحيح فالتوجيه يقتضي انه لا فرق بين الطرفين فتامله
وذكر في لعان التتمة ان القاضي ابا الطيب صرح في التعليق بالعرض على
القايف عكس ما ذكره الرافعي عنه هنا ونقله ابن الصباغ هناك عن الشيخ
ابي حامد ولم يخالفه وهو عكس ما نقله الرافعي عنهما هنا من الالحاق
بالفراش وعدم تاثير وطي الشبهة وقلنا لم يمكن ان يكون المراد بالمذكور هاهنا
ما اذا في الوطي فلا عرض ويلحق بالفراش عندهما وبالمذكور هناك ما اذا
قال الزوج لم اطا اصلا وليس الولد مني فيعرض بشرطه بخلاف ما اذا ادعاه
وقال انه مني ونازعه الواطي فيقوى جانبه بالفراش عندهما **قال**
فاذا ولدت اي الموطوة في طهر واحد على بعض التصويرات السابقة لما بين ستة
اشهر واربع سنين من وطيهما وادعياه عرض عليه اي على القايف وعبر في
الروضة كالمنهاج وعبارة المحرر والشرحين فاذا اتت بولد لاقل من اربع
سنين واكثر من ستة اشهر من الوطيين وادعياه جميعا ودعا القايف وهي
احسن واوضح ثم ادعاوهما ليس بشرط كما اشرنا اليه وباني **قال**
فان تخلل بين وطيهما حيضة فللثاني اي من الواطيين لان الحيضة المتخللة
امارة في حصول البراءة عن الاول فينقطع تعلقه **قال** الا ان
يكون الاول زوجا في نكاح صحيح اي والثاني واطيا بشبهة او في نكاح فاسد
فلا ينقطع تعلق الاول لان امكان الوطي مع فراش النكاح قايم مقام نفس
الوطي والامكان حاصل بعد الحيضة وان كان الاول زوجا في نكاح فاسد
ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان اظهرهما نعم لانها في النكاح الفاسد
لا تصير فراشا ما لم يوجد حقيقة الوطي قال الرافعي بعد ايراده ذلك هكذا
نقل الصورتين الامام والغزالي انتهى وقال ابن الرفعة بعد قول الرافعي ما لم
يوجد حقيقة الوطي هذا فيه نظر يظهر لك من كتاب العدد في ان فراش النكاح
الفاسد متى يحصل انتهى ولم نجد من كلامه في العدد ما اشار اليه والخلاف
في النهاية ومرجحها وجهان لا قولان ولفظ البسيط المنكوحة نكاحا فاسدا
اذا وطيت بالشبهة بعد ان حاضت عقيب وطي النكاح ففيه وجهان احدهما انه

كملك اليمين وان مجرد الامكان لا يكفي في الالحاق ما لم يقر الناكح بالوطي
والثاني انه كالنكاح الصحيح حتى يثبت بمجرد الامكان وقوله ما لم يقر الناكح
بالوطي اي بالوطي بعد الحيضة الطارية على وطيه الاول عقب النكاح
وعبارة الرافعي موهمة **تنبيهان** المتبادر من قول الشيخين وغيرهما
هنا وادعياه اعتبار دعوهما جميعا وقد قال الرافعي بعد هذا ما قدمناه عنه
وهو انهما اذا وطيا في طهر واحد الى قوله ولا يبطل نسبه قال ابن الرفعة
بعد ايراد كلام الرافعي وترجيحه العرض على القايف وقال الامام في كتاب
اللعان عند نسبة الزوج الولد الى وطي الشبهة ان الرجوع الى القافة انما
يجري اذا اعترف الواطي بالوطي ووجد التداعي بين الزوج والواطي بالشبهة
فاذ ذاك يرى للقايف انتهى وحينئذ اما ان يفرض الكلام في الصورة المتفقة
دون صورة الزوجية وكلام الكتاب يأباه ويفهم التعميم وكذا فهم ابن الرفعة
عن الرافعي فان صح ذلك تحقق الاضطراب ولعل من اعتبر تداعيهما في العرض على
القايف فرعه على القول المرجوح بانه اذا ادعاه احدهما وسكت الآخر او انكر انه
يلحق المدعي خاصة ⊙ قال ابن الرفعة بعد نقله قول الرافعي السابق الا
ان يكون الاول زوجا في نكاح صحيح الى قوله والامكان حاصل ان مقتضى
هذا انه لا يري الولد للقايف فيما اذا انقضت عدتها ثم تزوجت باخر
واتت بولد يمكن ان يكون من كل منهما وقد حكينا من قبل اي عن الطلاق
العراقيين انه يعرض على القايف اذا قال الزوج الثاني هو من الاول
الا ان يحمل ذلك على ما اذا انقضت العدة بالاشهر لا بالاقرا انتهى **فايدة**
في فروع ابن القطان اذا تداعى الولد اثنان فاريناه القافة فالحقوه لاحدهما
ثم ان الآخر اقام اربع نسوة تشهدن ان هذا ولدته امرأته على فراشه فهو على
وجهين انتهى **قال** وسواء فيهما اسلاما وحرية ام لا اي لا فرق
بين ان يكون المتداعيان او الواطيان مسلمين او احدهما مسلما والآخر ذميا
ولا فرق بين ان يكونا حرين او احدهما حرا والآخر عبدا لما قدمناه في كتاب
اللقيط وهو تفريع على صحة استلحاق العبد **فروع وتتمات** احدها

الطلق في الوسيط انها لو القته سقطا يعرض على القايف قال فلو انفصل
حيًا ومات يعرض ما لم يتغير وقيده في البسيط عرضا لسقط بمن ظهر فيه التخطيط
ولا بد منه والظاهر ان من بلغ مجنونا كالطفل وفي الحاوي وان كان بالغا
مجنونا استعمل فيه القافه انتهى واحسب هذا في المطبق الجنون لا فيمن يجن
ويفيق ثانيها الحقه القايف باحدهما بالاشباه الظاهره والاخر
بالثاني بالاشباه الخفيه كالخلق وتشاكل الاعضا فايهما اولى فيه وجهان رجح
الشيخان الثاني لان فيها زياده حذق وبصيره وجزم الماوردي بالاول
وهو محتمل لان الاشباه الظاهره اندر في الناس من الخفي ويحتمل ان يقال
يعرض على ثالث فاذا وافق احدهما عمل به كما قيل بمثله في اختلاف جوابي المفتيين وقال
الجرجاني في التحرير ويحكم القايف بالشبه من وجهين جلي كالسواد والبياض وخفي كالعرق
عرق فان اتفق الجلي والخفي في احد المتنازعين الحقه به وان وجد الجلي في احدهما والخفي
في الاخر حكم بالجلي دون الخفي كما يحكم بالنص دون القياس وقيل يحكم بالخفي دون الجلي كما يحكم
بالقياس دون العموم انتهى ثالثها تداعاه مسلم وذمي واقام احدهما بينة
تبعه نسبا ودينا كما تقرر وان الحقه القايف بالذمي قال الرافعي وغيره تبعه نسبا لا دينا
ولا يجعل حضانته للذمي انتهى وحكى الماوردي في تبعيته في دينه وجهين وبنى عليهما تفريع
في بلد واذا تداعاه حر وعبد والحقه القايف بالعبد ثبت النسب وكان حرا لاحتمال انه
ولد من حرة رابعها ذكر الرافعي هنا ان نفقة الولد الى ان يعرض على القايف وفي
مدة الوقف الى الانتساب عليهما واذا التحق باحدهما رجع الاخر عليه بما انفق
وهل يجب نفقته في حال الاشتباه بنى على ان الحمل هل يعلم ان اوجبناها
وكان احد المتداعيين زوجا قد طلقها والاخر واطيا بالشبهة فان قلنا ان
النفقه للحامل فهي على المطلق او للحمل اخذ بها الى ان يظهر الامر وان
اوصي للطفل في وقت التوقف فليقبلا الوصيه جميعا انتهى وتقدم في باب
اللقيط زياده فيما يتعلق بالانفاق فتعين مراجعتها خامسها الحقه
قايف باحدهما ثم رجع والحقه بالاخر لم يقبل هكذا ذكر الرافعي ويجوز ان
يقال ان جعلنا القايف بمنزلة الحكم فلا اثر لالحاقه الثاني وان جعلناه

ثانيهما

بمنزلة المخبر والحاكم فيتولى الالحاق من بعد كما اشار اليه الماوردي
ولم يتصل بالحاقه بالاول حكم حاكم به تعارض الحاقاه وسقطا ثم قال الرافعي
وكذا لو الحقه قايف باحدهما ثم قايف آخر بالاخر فالحقه به لان الاجتهاد لا ينقض
بالاجتهاد وهذا هو المشهور في الصورتين وذكر ابن كج انه اذا الحقه قايف
بهذا او قايف بهذا تعارضا وصار كان لا قايف واذا ان رجع القايف بعد
تنفيذ الحكم بقوله لم يلتفت الى رجوعه وان رجع قبل ان ينفذ الحكم بقوله
قبل رجوعه كرجوع الشهود لكن لا يقبل في حق الاخر لسقوط الثقه بقوله
ومعرفته انتهى ويجوز ان لا يكون ما ذكر ابن كج مخالفا لتفصيل الماوردي
الاتي سادسها ذكر الرافعي انه لو استلحق بالغا عاقلا فانكر لم
يلحق ولا عبرة بالحاق القايف والحالة هذه وان سكت البالغ ففي الوجيز
انه يلحقه القايف قال الرافعي وهذا لم اجده لغيره وليس هنالك الا واحد
يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في مواضع الاشتباه وهو ساكت يعرض على القايف
وكذلك ذكره في الوسيط فان وافق احدهما لحقه ولا يقبل قول القايف على
خلافه قلت وذكر في الوسيط والبسيط ما ذكره في الوجيز في سكوت
البالغ عن استلحاق واحد له وان سكوته كاف فاعلم وهو خلاف ما اقتضاه
كلام امامه قال وادعاء نسبه كادعاء ماله ولا يجوز ان يكون القايف
حجة في هذا المقام وقال العبادي اذا كان المدعى بالغا فهل القافة اولى
او انتسابه على وجهين احدهما الانتساب اولى حكاه ابن القطان عن المروزي
انتهى وقضيته اطلاقه انه لا فرق بين الساكت وغيره وقال الرافعي اخر
الباب حكى ابن كج عن تخريج ابي الحسين وجهين في ان القافة اولى بالرعاية
بعد بلوغ المولود او الانتساب وادعى ان الظاهر الثاني وانه لا رجوع الى القايف
بعد بلوغ المولود والظاهر خلافه على ما سبق في اللقيط انتهى وقدمنا
ذلك هناك وبين ما حكاه عن الوسيط وما ذكره آخرا تباين وكلام الوسيط
مفرع على وجه تقدم الانتساب والراجح خلافه سابعها قال الماوردي
اذا طلب القايف اجرا ولم يجد متطوعا رزق من بيت المال كالقاسم والكاتب

ويسحقه سوا الحقه باحدهما او اشكل عليه فان تعذر بيت المال فاجرة
على المتنازعين فان الحقه باحدهما استحقها وفيمن يجب عليه وجهان احدهما
على من الحق به الولد لانه مستاجر للحوق دون النفي والثاني يجب عليهما
لان العمل مشترك في حقهما وان لم يلحقه بواحد منهما فان كان لاشكال عليه
فلا اجرة له لعدم العمل وان كان لتكافي الاشتباه فوجهان احدهما يستحقها
اذ قيل اذا الحقه باحدهما كانت الاجرة عليهما تعليلا بوجود العمل منه والثاني
لا يستحق اذا قلنا تختص الملحق به بالتزام الاجرة تعليلا بالالحاق
اي ولم يوجد **فرع** قال الماوردي المعتبر في القافة التشابه من اوجه
احدها في تخطيط الاعضا واشكال الصور والثاني في الالوان والشعور والثالث
في الحركات والافعال والرابع في الكلام والصوت والحس والاناه ثم ينظر
فان كان فيه شبه من احد المتنازعين فقط الحق به سوا اشبهه من وجه
او وجوه ظاهرا كان الشبه او خفيا وان لم يشبه واحدا منهما وقف الامر
على الانتساب في وقته وان كان فيه شبه من كل منهما فعلى اضرب احدها ان يتماثل
الشبهان ولا مرجح فيعدل الى غير القافة والثاني ان يتماثل الشبه بينهما في العدد
ويختلفا في الظهور والخفا فيلحق بمن ظهر فيه الشبه دون من خفي فيه والثالث
ان يتماثلا في الظهور والخفا ويختلفا في العدد فيكون الشبه في احدهما من ثلاثة
اوجه وفي الآخر من وجهين فيلحق بالاول والرابع ان يكون في احدهما اكثر عددا
واظهر شبها وفي الآخر اقل واخفى فيلحق بالاول والخامس ان يكون في
احدهما اكثر عددا واخفى شبها وفي الآخر اقل عددا واظهر شبها فوجهان احدهما
يرجح بكثرة العدد والثاني بظهور الشبه تغليبا لقوة التشابه اذا علم هذا فان
كان القائف عارفا باحكام هذه الاقسام جاز ان يكون فيها حكما والا كان فيها
مخبرا لاحكاما ليحكم بها من الحكام من يعلمها ويجتهد رايه فيها انتهى وقال الامام
تصرف العراقيون فقالوا لا شك ان القافة يعتمدون اشباها جلية وخفية
فالجلية كالخلق والصور والخفية كالشمائل التي لا تنضبط فيها عبارة ثم قال ولا
يبعد عندنا ان يسمى الفقيه ان يتصرف في علم القيافة انتهى وقال ابن الرفعة

النسبة ضربان ظاهر وخفي فالظاهر ان يكون الشبه بالسواد والبياض
والخفي ما يعلم بالنظر الى الايدي والارجل ونحوها انتهى وجعل الرافعي من
الخفية اشتباه الخلق وتشاكل الاعضا وهذا وما قبله ظاهر مخالف لما
نقله الامام عن العراقيين **اشارة** سبق في كتاب اللقيط فروع مفيدة
من هذا الباب وذكر الماوردي هنا اربعة فصول مفيدة الاول في صفة
القايف والثاني في صفة القيافة وقدمنا مقاصدها والثالث في الموجب
لاستعمال القافة وهو التنازع في الولد وهو ضربان احدهما في لقيط لا يعرف
فيه فراش فينظر ان كان كبيرا بالغا عاقلا فالدعوى عليه فمن صدقه دون
من كذبه ولا يمين له عليه لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل وان كذبهما
حلف لهما وان قال انا ابن احدكما ولا اعرفه بعينه رجع الى القافة في الحاقه
باحدهما فان عدموا اخذ بالانتساب جبرا فان سلمه احد المتنازعين للآخر فان
كان قبل القيافة والانتساب جاز وصار ولدا له وان كان بعد الحكم بنسبه
اما بعد القافة او بعد الانتساب لم يجز وان كان صغيرا غير مميز او بالغا مجنونا
استعمل فيه القافة فان عدموا او اشكل وقف الى زمن الانتساب وان
سلم احدهما للآخر كان على ما سبق من جوازه قبل الالحاق دون ما بعده **والضرب
الثاني** ان يكون الولد عن فراش تنوزع فيه فاستعمال القافة فيه معتبر بثلاثة
شروط احدها ان يكون الفراش مشتركا بينهما فيه فان انفرد به احدهما كان ولدا
لصاحب الفراش من غير قافة والثاني ان يكون اشتراكهما في الفراش موجبا
للحوقه بكل منهما لو انفرد والثالث ان يثبت فراش كل منهما وثبوته معتبر
بحالهما فان كان احدهما زوجا والآخر واطي بشبهة ثبت فراش ذي الشبهة بتصديق
الزوج ولم يعتبر فيه تصديق الموطوءة لان الفراش للزوج وان لم يكن فيهما
زوج اعتبر فيه تصديق الموطوءة لكل منهما ان كانت خلية من زوج وان كانت
ذات زوج اعتبر فيه تصديقه دونه لانه املك بالفراش منها وصار الزوج داخلا
معهما في التنازع ولا يعتبر تصديق كل واحد منهما لصاحبه لان ثبوت النسب
حق له وعليه فلو انكرهما الموطوءة او زوجها فلا فراش لهما وعلى منكرها اليمين

ولو ادّعت او زوجها عليها الفراش فانكراه صدقا باليمين **قلت**
وقضيّة كلامه وغيره ان فراش السيد في ام الولد وغيرها لا مزيد له
بل هي كالاجنبية فيما نحن فيه وفي النفس منه شيء قال فاذا ثبت فراشهما بالتصادق
او بيمينه مع الجاحد على الوجه الذي يقوم به البيّنة في مثله تكاملت شروط
الاشتراك في لحوق النسب وصار الفراش حجة لهما وعليهما فلا يقف على
مطالبتهما ولا يجوز لواحد منهما ان يسلم لصاحبه لما فيه من الحق عليه ويستوي
فيه حكم الولد صغيرا وكبيرا او تستعمل القافة في الحاقه باحدهما اذا طولب بها
ومستحق المطالبة بها من كان قوله والفراش معتبرا او الولد اذا كان بالغا
فان لم يطلب جاز للحاكم ان يستعمل القافة في حق الصغير اذا علم بالحال من غير
طلب تنازعه ولم يكن له ان يستعملها في حق الكبير لانه اخص بطلب حقوقه ۝
والفصل الرابع ثبوت الحكم بلحوق النسب بقول القافة وهو معتبر
باستلحاق النسب واستلحاقه على ضربين احدهما ان يكون لاشتراكهما في فراش
فلا يصح الحاقه بالقافة الا بحكم الحاكم لان الفراش قد اوجب لهما حقا ولوجب
عليهما حقا في الحاقه باحدهما ونفيه عن الآخر والحق عليهما للولد وبالعكس
وكذلك وجب الحاقه باحدهما وان لم يتنازعاه ولم يجز لاحدهما ان يسلمه للاخر
فكان اغلظ من اللعان الذي لا يصح الا بحكم الحاكم فكان اولى ان لا يصح الا بحكم
الحاكم فكان اولى ان لا يصح الا بحكم الحاكم منه والضرب الثاني ان يكون لاشتراكهما
في ادعاء لقيط لم يعرف لهما فيه فراش مشترك فهو حق لهما لا عليهما في الظاهر اذ لو
سكتا لم يتعرض لهما ولو سلمه احدهما للآخر صح وانتفى عنه ولحق بمن سلمه اليه فلم يفتقر
استلحاقه الى الحكم وجاز ان ينفردا باستعمال القافة فيه ان اختارا وان تحاكما فيه الى
حاكم ان اختارا فان تنازعا فيه الى الحاكم فاختيار القايف اليه دونهما وان انفردا
فاختيار القايف اليهما فان اتفقا على اختيار قايف مجتهدا فيه بين التحكيم والاستخبار
كما ياتي بيانه فان استخبراه فاخبر كان موقوفا على امضائهما والتزامهما وان
حكماه فحكم ففي لزوم حكمه لهما قولان وان تنازعا في اختيار القايف بعد الاتفاق
عليه في تحكيمه او استخباره لم يجبرا على اختيار احدهما وتنازعا فيه الى الحاكم ليحكم بينهما

واذا كان الحاكم هو الناظر بينهما في لحوق النسب في الفراش المشترك كان
حتما واجبا واما في اللقيط المدعى بالتراضي والاختيار واما ان يطلبه احدهما
دون الآخر فيوخذ الممتنع جبرا بالحكم وانما يجوز للمتنازعين في اللقيط ان
ينفردا بالقافة اذا اتفقا على التراضي في تفردهما به دون الحاكم ۝ واذا اراد الحاكم
الحكم بينهما اختار من القافة اوثقهم واعلمهم واجتهد رايه في تحكيم القايف او
استخباره فان اداه اجتهاده الى تحكيمه كان ذلك استخلافا له في الحكم بينهما
فيراعي في استنابته شروط التقليد ولخبره من العلم بشروط الالحاق فان
قصر فيها اعلمه بها فاما المختص منها بفطنته وقوة حسه فهو مركوز في الطبع
ويجوز ان يقتصر على قايف واحد لانه حكم فان جمع فيه بين قايفين احتياطا
كان اوكد ولا ينفذ الحكم في لحوقه بواحد منهما حتى يجتمعا عليه فان الحقه الواحد
اذا انفرد او القايفان اذا اجتمعا باحدهما ونفاه عن الآخر لحقه وانتفى عن
الآخر ولو الحقه باحدهما ولم ينفه عن الآخر لم يلحق به لجواز ان يدعي اشتراكهما
فيه ولو نفاه عن احدهما ولم يلحقه بالآخر انتفى عمن نفاه عنه وصار الآخر
منفردا بالدعوى فلحق به لانفراده بالفراش لا بالقايف ۝ ولو تداعاه ثلاثة
فالحقه باحدهم ونفاه عن الآخرين امضى حكمه والحاقه ونفيه ولو نفاه عن احدهم
خرج من الدعوى او عن اثنين خرجا منها وصار لاحقا بالباقي لانفراده بالدعوى
لا بقول القايف واذا الحق باحدهم لالحاق القايف به ونفيه عن غيره استقر
حكمه في ثبوت نسبه ولزم الحاكم تنفيذ حكمه وان نفاه القايف عن احدهما استقر
حكمه بالنفي دون اللحوق حتى يحكم الحاكم للآخر باللحوق بحكم الانفراد بالدعوى
وان رجع القايف بعد حكمه بذكر الغلط فيه لم يقبل رجوعه لان نفوذ الحكم
بالاجتهاد يمنع من نقضه بالاجتهاد ۝ وان ادى اجتهاد الحاكم الى استخبار القايف
دون تحكيمه لكن القايف مخبرا والحاكم هو المنفرد بالحكم جاز ولزمه ان يجمع بين
قايفين ولم يجز اقتصاره على واحد وان كان خبر الواحد مقبولا لان الحاكم لا يجوز
ان يحكم بخبر واحد وانما يجوز ان يحكم بشهادة اثنين كما لا يحكم في التقويم الا بقول
مقومين فاذا اراد القايفان بعد اجتهادهما ان يذكرا للحاكم ما صح عندهما

من لحوق الولد باحدهما ففيه وجهان احدهما يكون خبرا يؤدى بلفظ
الاخبار ولا يكون شهادة يؤدى بلفظها لان الشهادة تختص بفعل مشاهد
وقول مسموع وهما منتفيان هنا فكان خبرا لا شهادة فعلى هذا يجب على الحاكم
ان يسالهما عن سبب علمهما ليجتهد رايه ان ذكرا اشتراكهما في الشبه ولا يجب عليه
سؤالهما ان كان الشبه مختصا باحدهما لان عليه في الاشتراك ان يجتهد
في الترجيح فلزمه السؤال وليس عليه في اختصاص احدهما بالشبه اجتهاد في الترجيح
فلم يلزمه السؤال ولكن عليه ان يسالهما اي الشبه اشتراك حتى يسالهما في شبهه ويجتهد
فيه او ليس فيه اشتراك حتى لا يسالهما عنه ولا عند قبوله يقنع منهما ان يقولا
هذا ولده هذا دون هذا والوجه الثاني يكون شهادة
يؤدى بلفظ الشهادة وان لم يكن مشاهدة لان الحال يشهد والحكم مختص بالشهادة
دون الخبر فعلى هذا لا يجب على الحاكم ان يسالهما عن سبب علمهما بما شهدا
لكن لو كان الشبه مختصا باحدهما جاز للقائفين ان يشهدا بانه ولده هذا
دون هذا وان كان الشبه مشتركا واحتاجا الى اجتهاد في ترجيح ففيما
يشهدان به وجهان احدهما بما ادى اليه اجتهادهما من لحوق نسبه باحدهما
والثاني يشهدان بالشبه الموجب للحوق النسب باحدهما ليجتهد الحاكم رايه
دونهما وهذان الوجهان من اختلاف اصحابنا في انه هل يسوغ للشهود ان
يجتهدوا فيما يؤدوه اذا كان للاجتهاد فيه مساغ قلت وسبق ان الاصح
المنع فاذا اديا الى الحاكم ما عندهما من لحوق النسب خبرا او شهادة على اختلاف
الوجهين لزم الحكم بقولهما في الحاق النسب بمن الحقوه به ونفيه عمن
نفوه عنه وهو قبل حكم الحاكم غير لاحق بواحد منهما فان رجعا في قولهما والحقاه
بمن نفياه عنه لخطأ اعترفا به رد في رجوعهما فان كان بعد حكم الحاكم بقولهما لم
ينقض حكمه وامضاه وان كان قبله لم يلحق نسبه بالاول ولا بالثاني اما الاول
فلبطلان الشهادة بالرجوع عنها واما الثاني فلتعارض القولين فيه فان
اشكل على القائفين لحوق نسبه وبان ذلك لغيرهما يحمل عليه وان اشكل
على غيرهما عدم البيان من جهة القافة وقف الحال على الانتساب [illegible] منه فو

القدم

القدم استكمال سبع سنين والجديد الصحيح البلوغ فاذا انتسب الى احدهما
لحق به ولا يعتبر فيه تصديق الاب فلو رجع وانتسب الى الآخر لم يقبل رجوعه ○
ولو وجدت القافة بعد انتسابه الى احدهما فالحقته بالآخر لم يلحق لاستقرار
لحوقه بالانتساب الى الاول ○ ولو مات الولد قبل انتسابه الى احدهما
قام ورثته مقامه في الانتساب الى احدهما ○ ولو مات المتنازعان
والولد باق جمع بينه وبين عصبتهما وكان له بعد الاجتماع معهم ان ينتسب
الى احدهما فان مات احدهما وبقي الآخر نظر فان كان التنازع في فراش
مشترك انتسب الى من اختاره من الحي او الميت وان كان التنازع
في لقيط فوجهان احدهما انه كالفراش في انتسابه الى احدهما والثاني انه
يلحق بالباقي لانقطاع دعوى الميت انتهى ملخصا على سقم في النسخة وقد اشتمل
كلامه على غرائب لا توجد مجموعة لغيره والله اعلم **خاتمة** نسأل الله حسن
الخاتمة الاصل في الباب ما رواه الشافعي عن سفين ابن عيينة عن الزهري عن
عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم اعرف السرور في
وجهه فقال الم تري ان مجززا المدلجي نظر الى اسامة وزيد عليهما قطيفة قد غطيا
رؤسهما وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض واخرجه البخاري
ومسلم وزاد مسلم وكان مجزز قائفا ووجه الدليل انه صلى الله عليه وسلم اقره ولم يقل له
لا تفعل هكذا فانك ان اصبت في موضع ربما تخطئ في موضع آخر فيكون فيه قذف محصنة
واثبات نسب منفي او نفي نسب ثابت وسر صلى الله عليه وسلم به وكان لا يسر بالباطل
فدل على انه علم يجوز العمل به قال الشيخ ابرهيم المروذي وانما سر به صلى الله عليه وسلم لان
اسامة كان شديد البياض وكان حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زيد شديد السواد
وكان المشركون يطعنون في نسبه لمغايظة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مجزز المدلجي
كان معروفا بالقيافة مقبول القول فيها انتهى وقال غيره كان اسامة اسود وكان زيد
ابيض وفي الحاوي كان زيد اخضر اللون وكان اسامة اسود اللون انتهى ويدل
للمسألة انه صلى الله عليه وسلم اعتبر الشبه في ولد العجلاني فقال ان جاءت به على نعت كذا فلا
اراه الا قد صدق عليها وان جاءت به على نعت كذا فلا اراه الا قد كذب عليها فجاءت

بيع العبد المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان وروى القاف
لي ولهاسان ودلالته بينة وفي الباب اخبار واثار قال المروذي قال الشافعي
واخبر عدد من اهل العلم من اهل المدينة ومكة انهم ادركوا الحكام يقضون
بقول القافة واخبرهم من كان قبلهم انهم ادركوا مثل ما ادركوا ولم يروا من
احد مرضوه عندهم من اهل العلم ينازع في القول بالقافة وقال الماوردي
ويدل عليه من طريق الاجماع اشتهاره في الصحابة انهم فعلوه واقروا عليه
ولم ينكروه حتى روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه شك في ابن له فدعا له القافة
ولو كان هذا منكرا لما جاز منهم اقرارهم على منكر فصار كالاجماع انتهى والمنازعة
فيه مكابرة وبالله التوفيق ٥

كتاب العتق

هو ازالة الملك عن الادمي لا الى مالك تقربا الى الله عز وجل ماخوذ من
قولهم عتق الفرس اذا سبق في جريه وعتق الفرخ اذا طار والعبد بالعتق
تخلص من قيد الرق ويذهب حيث شاء والاصل في الباب الكتاب والسنة
والاجماع قال تعالى وما ادراك ما العقبة فك رقبة واذ تقول للذي انعم الله
عليه اي بالاسلام وانعمت عليه اي بالعتق والامر تعالى بتحرير الرقبة في ايات
والسنة طافحة بذلك وفي الصحيحين وغيرهما من اعتق رقبة مومنة كانت
فداه من النار ولفظ مسلم اعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار وقد روى
هذا الحديث جمع من الصحابة رضي الله عنهم والاجماع منعقد على جوازه وكونه مندوبا
اليه **قال** انما يصح من مطلق التصرف اي مسلما كان او ذميا او معاهدا
او حربيا لانه تصرف في المال حال الحياة فاشبه الهبة ونحوها واما المرتد فان لم
يحجر عليه نفذ تصرفه على الاصح كمن سفه بعد رشده ولم يحجر عليه بعد بسفهه الطاري
كما سبق وان حجر عليه فتصرفه موقوف على اظهر الاقوال وقد اخرج المصنف
بقوله التصرف المحجور عليه بسفه والمجنون والصبي ثم سبق عن جماعة ان الصبي
المميز لو اعتق في مرض موته كان على القولين في وصيته وان الدارمي خصص القولين

كما اذا مات صغيرا اما لو بلغ ثم مات صحت هبته ووصيته قولا واحدا وا ستغربناه
واشار في موضع الى انها طريقة ضعيفة والظاهر ان العتق على هذه الطريقة
كذلك ولعل موضعها ما اذا بلغ في مرضه ذلك ثم مات لا ان عوفي ثم مات من بعد
وفي الحاوي على قولنا تصح وصيته ان في عتقه وهبته في مرض موته وجهان
ولو عجز المحجور بسفه العتق في مرض موته قال الماوردي فهل يغلب حجر السفه
او المرض على وجهين فعلى الثاني يصح في الثلث كالمريض الرشيد انتهى وهو
المختار عندي وان اقتضى كلام الشيخين وغيرهما الجزم بالاول لحاجته
الى الثواب وزوال المعنى في الحجر ولو لزمه كفارة فاذن له الولي في عتق
رقبة معينة عنها فالظاهر نحو ثالثا نفوذه منه ولا يخرج على الخلاف
في بيعه ونحوه باذنه لوضوح الفرق وكذا لو كان قد نذر في حال رشده عتق رقبة
في وقت بعينه او نذر بعد طرو سفهه ثم حجر عليه به وحضر الوقت فالظاهر
نفوذه منه سيما اذا كان قد عينه في احد عبيده ثم لا يصدق في نذره السابق
الا ببينة عليه **اشارات** قد يدخل في لفظ المصنف او يخرج منه ما لو اعتق
المفلس من تملكه ببعضه الحر ولم اذ فيه نصا غير ان الجيلي قال في كتابه الاعجاز
ان كفارته بالمال ثم ذكر انه في الطلاق والاعتاق كالعبيد واما اعتاق
المكاتب عن سيده او غيره باذنه فكتبرعه باذنه فيصح على الاظهر وعن
نفسه بالاذن باطل على المذهب وقد يرد بعض ما ذكرناه على لفظ الكتاب وفي
اعتاق الراهن والمفلس ما سبق في بابيهما وفي اعتاق السيد العبد الجاني
وعبيد ماذونه في التجارة اذا ركبته الديون ولم يتصل به حجر كلام سبق
فرع لا يفسد العتق بالشروط الفاسدة بخلاف الوقف صرح به القفال
في الفتاوى ومقتضى كلام الامام وغيره القطع به واقتضى كلام الرافعي في
كتاب الوقف انه يفسده بذلك وهو غريب وفي البسيط هناك واذا وقته نفذ
ولغا التوقيت انتهى فاذا قال اعتقتك شهرا مثلا عتق ابدا ورايت في شرح الكفاية
للصيمري انه لو قال انت حر الى سنة قبل في الباطن وقد يفهم انه
اذا تلفظ به لا يعتق ظاهرا الا ان يكون اراد به انه اراد به التعليق كانت حره

بعد سنة ولا اعلم خلافا عندنا انه لو قال اعتقتك ولاولا آل عليك او
بشرط ان لا ولآ لي عليك انه يعتق ويثبت له الولآ عليه وسياتي من كلام
الرافعي في كلامه علي عتق امته الحامل الجزم بعكس ماذكره في كتاب الوقف
فرع قال ابن الرفعة هنا عتق البهايم غيرنا فذ علي الاصح قلت
كذا عبر الغزالي قال ابن الصلاح انما الخلاف فيما يهلك بالاصطياد
اما البهيمة الانسية فاعتاقها من قبيل سوايب الجاهلية وذلك باطل قطعا
انتهى قال ويصح تعليقه اي بالصفات كطلوع الشمس وقدوم زيد
وشفا عمرو اومؤنة ودخول الدار وهبوب الرياح وغيرها لانه تعليق قربة
سارية فجاز كالتدبير وخرج بساريه الوقف ولا يفسد بالشروط الفاسدة
كما بيناه بخلاف الوقف ويصح تعليقه بالاعتاق علي عوض ايضا قال
واضافته الي الجزء اي شايع او معين كما صرح به المحرر فيعتق كله اي
حيث لا مانع من ذلك كما سياتي وقد روي ابو المليح عن ابيه ان رجلا اعتق
شقصا من غلام فذكر ذلك للنبي صلي الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه
رواه الامام احمد والنسايي وابو داود وهذا لفظه وقد كمل الشارع العتق
علي الموسر اذا كان الباقي لغيره فلان يكمل والباقي له اولي وفي كيفيته عتق كله
اذا اضاف العتق الي جزء شايع وجهان احدهما يقع علي الجزء المسمي ثم سري الي
الباقي والثاني يقع علي الجميع دفعة واحدة وكانه عبر بالبعض عن الكل
وان اضافه الي جزء معين فوجهان مرتبان واولي بحصوله دفعة واحدة وسبق
عن سان هذا الخلاف في الطلاق ثم موضع عتق الكل عند قوله نصفك حر
ما اذا لم يمنع من التكميل مانع كمن رهن نصف عبده ولا يملك غيره او اعتق
نصيبه وهو معسر بقيمة الباقي تنبيهات منها من ثمرة الخلاف
في اضافته الي جزء شايع انه لو اوصي بعتق بعض عبده بعد موته فان قلنا ان
العتق يقع بطريق السراية لم يعتق عنه الا ما اوصي بعتقه وان قلنا يقع
بطريق التعبير بالبعض عن الكل اعتق عنه جميع العبد ذكره في البحر وقال
القاضي الحسين ان قلنا الاعتبار في تعليق الطلاق بحال التعليق عتق وان

فلنا

قلنا بحاله وجود الصفة فوجهان بنآ علي ما ذكر من الماخذين ٥ ومن
ثم انه اذا اصبع الي عضو معين انه لو قال ان دخلت الدار فخنصرك الفلانة
حر ثم قطع ثم دخل الدار فعلي الاول لا يعتق وعلي الثاني يعتق وكذا لو قال
خنصرك حر ولا خنصر له فعلي الاول لا يعتق وعلي الثاني يعتق واستبعد
القاضي وقوع العتق في هذه الصورة بانه لم يصف الي شي متصل به فاشبه
ما لو قال يدك الثالثة او رجلك الثالثة حرة ولا زايدة له فانه لا يعتق
وفي تعليق ابرهيم المروذي بعد نقله النافع الاصحاب عن رواية القاضي
قال القاضي وذلك خطا لان المضاف اليه الطلاق والعتق لا بد ان
يكون موجودا قابلا للعتق والطلاق حالة الاضافة فاذا لم يكن
لم يعمل فيه كما لو قال لها ذكرك طالق ولو اضاف الي الجزء الزايد بان قال اعتقت
هذه اليد المقطوعة لم يقع انتهى وحكي الامام ذلك طريقة ولم ينسبها وقال انها
افقه واقتضي كلام البسيط انه اذا قال لمقطوع اليمين يمينك حر انه لا يعتق علي
المذهب كما لو قال لمقطوعة يمين يمينك طالق ومنها نقل الرافعي
قبل باب التدبير في فروع رواها الروياني عن والده وغيره انه اذا اعتق
بعض مملوكه يسري الي الباقي اذا كان قابلا للعتق الا في مسلة واحدة ذكرها
بعض الاصحاب وهي انه اذا وكل انسانا باعتاق عبده فاعتق الرجل نصفه
ففي حصول العتق في النصف وجهان وبالحصول قال ابو حنيفة وعلي هذا ففي عتق
النصف الثاني وجهان اضعفهما انه يعتق انتهى وعبر المصنف في الروضة
عن هذا بانه لو وكله في اعتاق عبده فاعتق الوكيل نصفه فهل يعتق نصفه
فقط ام يعتق ويسري الي باقيه ام لا يعتق شي للمخالفة فيه اوجه اصحها الاول
انتهى وفي هذا الاختصار نظر من وجهين لا يخفي امرهما وقياس ما ذكراه من ان قبول
الوكيل الهبة والوصية فيسري ان يكون اعتاق الوكيل النصف كاعتاق
الموكل فيعتق الجميع جزما اما سريانا او تعبيرا بالبعض عن الكل علي اختلاف
الوجهين ومنها سبق في اضافة الطلاق الي الدم والسمن والشحم واللبن
والشعر وفضلات البدن وغيرها فوايد جمة وبيان ما فيها من الاختلاف والاختلاف

و اختلاف الترجيح والاضطراب وقد اشار القمي الى ان الحكم هنا
كما قيل في الطلاق **قال** وصريحه تحرير واعتاق ۝ لانه قد ثبت
فيهما عرف في الشرع والاستعمال فاذا قال لعبده او امته انت حر او محرر او حررتك
او انت عتيق او معتق او اعتقتك وكل ما يتصرف من اللفظين عتق وان لم ينو
قال وكذا فك رقبة في الاصح ولا يحتاج اي ما هو صريح الى نية لانه لا
يفهم منه غيره عند الاطلاق وهذا حشو لان من المعلوم ان الصرائح لا تحتاج الى
نية وكانه قطابه لقوله ويحتاج اليها كناية اي وان اختفت بها قرائن لانها
تحتمل العتق وغيره فافتقرت الى التمييز بالنية ثم اخذ في بيان الكناية كما سياتي
عند غالب الكلام على قوله وكذا فك رقبة في الاصح اذا قال لعبده فككت رقبتك فوجهان
احدهما انه صريح لورود القران به والثاني انه كناية لاستعماله في العتق وغيره
وارسل الجمهور الوجهين بلا ترجيح على ما رايته فيما وقفت عليه من كتب الطريقين
وصحح في المحرر الاول وقال في الشرحين انه الارجح زاد في الكبير على قياس نظائره
فافهم ان الترجيح لم يدل اراه لغيره وذكر الجيلي ان الثاني اصح وقضيته كلام
الماوردي والفوراني الجزم به حيث قالا والصريح لفظتان العتق والتحرير
وهو مقتضى كلام القمي في شرح الكفاية وبه جزم صاحب الانتصار في تنبيهه
حلبة نعم في البحران ظاهر النص ونص عليه الام ان قوله فككت رقبتك من الرق
صريح ثم حكى عن بعضهم طرد الوجهين فيه وقد يوخذ من النص ان الاقتصار على
فككت رقبتك ليس بصريح ما لم ينضم الى ذلك قوله من الرق ۝ ومادة الوجهين
ان ما ورد في القران مرة واحدة ولم يتكرر على لسان حملة الشرع هل يكون صريحا
او كناية فيه نزاع ذكروه في كتاب الخلع والطلاق والرجعة والترجيح فيه
مختلف وسبق ان بعضهم قال ان لفظ الامساك ليس بصريح في الرجعة عند
الاكثرين وقال ابن داود انه ظاهر المذهب على ان ورود القران به في مسئلتنا
نظر قال القرطبي قوله تعالى فك رقبة خلاصها من الاسر وقيل من الرق وقال
الماوردي في تفسيره ويحتمل انه اراد فك رقبته باجتناب المعاصي وفعل الطاعات
وهو اشبه بالصواب انتهى اذا عرفت هذا علمت ان في ترجيح الصراحة نظرا وان

وهو تنصيص من النادب والصلاح [illegible]

في جم

حكمنا

حكمنا بصراحة النظائر المذكورة اليها والله اعلم **تنبيهات**
وفروع منها الظاهر ان ترجمة صرائح العتق بسائر اللغات
صرائح على المذهب كما سبق في نظائره من الطلاق وفي فتاوي القفال انه
لو قال لجاريته باجتى وعرف معناه وقعت الحرية انتهى ولم يتصور ذلك
في الاعجمي بل اطلق والظاهر ان مراده الاعجمي كما اقتضاه ايراد ابرهيم
المروذي وان اشارة الاخرس المفهومة لكل احد بالعتق صريح كطلاقه
وهانعم ان كان كاتبا فق اعتبار ضم الكتابة الى الاشارة كلام سبق هناك
ومنها سبق انه لو لفظ عجمي بالطلاق بالعربية ولم يعرف معناه انه لا
يقع طلاقه على تفصيل بيناه هناك قال الماوردي وان اطلق العربي بصريح
العجمية وهو لا يعرف معناها فهو كالعجمي فيما سبق والظاهر ان الحكم هنا
كذلك وسبق انه لو قال العربي فادتك ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه لا
يكون صريحا ويشبه ان يجي مثله هنا في صورة فك رقبة اذا قلنا بصراحته
ومنها اغرب في روضة الحكام فنقل في باب الاقرار عن رواية جده
ابي العباس الروياني عن بعض الاصحاب انه لا يقع الطلاق بقوله انت طالق
بمجرده بل لا بد ان يقول من زوجتي والظاهر ان قائله يقول لا يعتق العبد
بقوله انت حر او عتيق او اعتقتك ونحوها حتى ينضم الى ذلك من رق ولبس
بشي **ومنها** سكتوا عما لو استعمل لفظ العتق في ناحية هل يكون حكمه ما سبق
في نظيره من الطلاق حتى يجري فيه الخلاف السابق ام لا والقياس مجيئه
ومنها نقلا عن الزيادات انه لو قال لامته اعتقك الله عتقت فاشعر بانه
صريح ورأى الروياني انه كناية وكذا قاله الغزالي في فتاويه وفي فتاوي القاضي
الحسين انه لو قال له اعتقك الله لم يعتق لانه دعا وان قال الله اعتقك يعتق لانه
اخبار قال البغوي وعندي لا يعتق في الموضعين وقال الشيخ العبادي يعتق في
الموضعين هذا ما رايته في فتاوي القاضي ونسب الرافعي مقالة البغوي الى القاضي
وفي كفاية ابن الرفعة قيل ومطلبه عن القاضي انه لا يعتق في الاولى لانه دعا
وان الظاهر صراحة الثاني فانه اخبار انتهى وفي صحة هذا النقل هكذا وقفه

وقضية الاخبار كونه اقرارا حتى لو كان لم يعتقه من قبل لم يلزمه باطنا
ويحتمل ان يقال قوله اعتقك الله صار صريحا عرفا فيؤاخذ به ويحتمل ان يفرق
بين ان يقوله جوابا لالتماسه العتق منه وبين ان يقوله ابتدا ويحتمل تخريج
الصراحة وعدمها حيث اشتهر ذلك لارادة العتق على الخلاف في حلال الله علي
حرام كما اشرنا اليه والا فهو كناية **ومنها** لو كان اسمها قبل الرق حرة
فقال لها يا حرة فان لم يرد الندا باسمها القديم عتقت جزما وان قصد
فوجهان عن القاضي الحسين وبه جزم في الوجيز انها تعتق وقال الشيخ ابو محمد
لا تعتق وهو الاشبه في الشرحين والاظهر عند الامام وصححه في الروضة والبسيط
والذخاير حكاية المنع عن الامام فقط وقال ابن الرفعة في الكفاية لو كانت تسمى
حرة قبل جريان الرق عليها فقال لها يا حرة يعني قصد الندا لم تعتق وان اطلق
فوجهان اشبههما عدم العتق انتهى وهو سهو منه وانما ذلك فيما اذا كان اسمها في
الحال حرة او كان اسم العبد حرا او عتيقا فان قصد الندا لم يعتق وكذا ان اطلق
في اشبه الوجهين في الشرحين واصحهما في الروضة قال في البسيط لو قال السيد
اريد ان القبها بالحرة واجعل ذلك اسمها ثم قال بعد ذلك يا حرة فالظاهر انه لا
يحصل الحرية اذا قصد الندا ويلتفت على ان من غير موجب اللغة بالاصطلاح
وفيه خلاف ذكرناه في مسئلة السر والعلانية في الصداق انتهى ولم يصرح امامه بترجيح
ومنها لو كان اسمها حلة باللام فقال يا حرة ثم قال اردت نداها باسمها
فالتف الحرف فيشبه انه يصدق كما سبق فيما لو كان اسم الزوجة طارق فقال يا طالق
ثم قال اردت الندا باسمها فالتف الحرف بلساني **ومنها** قال ابن الرفعة
ولو قال لها يا حرة في معرض التوبيخ لم تعتق وان لم يكن اسمها حرة صرح به القاضي
الحسين قبيل باب الاقرار بالوارث انتهى وهذا ان كان في الباطن فقريب
وان اراد انها لا تعتق في الظاهر ويصدق وهو ظاهر ايراده فمشكل سيما اذا لم
تشهد له قرينة ظاهرة مشعرة بالتوبيخ وفي الاشراف نقل عدم العتق بذلك عن
رواية الشيخ ابي عاصم وان القاضي الحسين كان يميل الى انه صريح في الاعتاق
انتهى وفي فتاويه انه لو ادعى العبد العتق على سيده ورافعه الى الحاكم فانكر السيد

وحلف

وحلف ثم قال له على وجه السخرية قم يا حر قال القاضي يحكم عليه بالحرية للحديث
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وعد منها الاعتاق وحكي انه جرى في مجلس ابن
ابي ليلى فتكلم بالعتق ورفع الى جعفر بن محمد الصادق فقال لا يعتق لانه ذكره
سخرية واستهزاء كما قال تعالى ذق انك انت العزيز الكريم والمراد منه سلب العز
انتهى **ومنها** افتى الغزالي انه لو اجتاز بالمكاس وخاف ان يطالبه بمكس
عبد فقال انه حر وليس بعبد وقصد الاخبار لم يعتق باطنا وكان كاذبا في خبره
وقضيته هذا انه لا يقبل ظاهرا وهو مؤيد لما قدمناه في مسئلة القاضي قلت
نقلاه ولفظ القفا وي اذا ذكر ذلك بصيغة الاخبار وهو كاذب لم يعتق بينه
وبين الله وكان كاقراره باعتاقه بالامس وهو كاذب **وانه** لو قال افرغ
هذا العمل قبل العشي وانت حر وقال اردت حرا من العمل دين ولا يقبل ظاهرا
قلت وبه افتى القفال **وانه** لو زاحمته امراة في طريق فقال تاخري
يا حرة فبانت امته لا تعتق اذ رضاه في اللفظ المزيل لملكه شرط ولم يوجد
كما لو كان اسم امراته طالق واسم عبده عتيق فقال لها يا طالق وله يا عتيق او قال
لغيره هي طالق وهو عتيق لم ينفذ الطلاق والعتاق انتهى وحكى الرافعي عنه
قوله لم تعتق بلا توجيه ثم قال وهذا ان اراده في الظاهر فيمكن ان يفرق
بانه لا يدري من يخاطب ههنا وعنده انه يخاطب غير امته انتهى واشار بالفرق الى
صورة افرغ من هذا العمل وانت حر ولا شك ان الغزالي اراد انها لا تعتق في الظاهر
كما افهمه توجيهه لكن قد يخدش الفرق انه لو خاطب زوجته بالطلاق
وهو يظنها اجنبية فانه يقع الطلاق وفيه نظر ورايت في مواضع من الحاوي
ان الشافعي رضي الله عنه كان راكبا فزحمته امراة فقال لها تاخري عن الطريق يا حرة
ثم عرف انها جاريته فلم يملكها فاحتمل ان يكون راى انها عتقت واحتمل ان
يكون اعتقها تورعا **ومنها** في طلاق الروضة عن الزيادات انه لو قال
لامراته لاسي وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن كما لو قال لعبده او امته
زاد قلت المختار في هذا انه لا تقع به فرقة اذا لم تكن نية لانه انما يستعمل في العادة
للملاطفة وحسن المعاشرة وقال هنا لو قال لعبده انت ابني ومثله يجوز ان يكون ابنا

له ثبت نسبه وعتق ان كان مجهول النسب وان كان معلوم النسب لم يلحقه
لكن يعتق في الاصح قال الامام ولو قال لزوجته ابنتي فالحكم حصول الفراق
وثبوت النسب كالعتق انتهى قيل وهذا مخالف للاول الآن بدعي الفرق
بين الندا وغيره قلت الفرق ان الندا يتوسع فيه فيقول الشخص
لاولاد الاجانب ولعبده واشباهه يا ابني ويا بنتي ولا يراد به الا الملاطفة
وهذا اكثر في الاستعمال بخلاف قوله انت ابني او بنتي لا تستعمل عرفا للملاطفة وقد
يقع نادرا فيحمل اللفظ على حقيقته بشرطه والصحيح المختار ان قوله لعبده يا ابني
لا يقتضي العتق بمجرده والله اعلم ومنها قال الرافعي رايت بخط ابي المحاسن
الروياني في فروع حكاها عن والده وغيره انه لو قال لعبده انت حر مثل
هذا العبد واشار الى عبد آخر يحتمل ان لا تحصل الحرية لان حرية البدن غير ثابتة
في المشبه به فيحمل على حرية الخلق لم يزد في الروضة قلت ينبغي ان يعتق وانه
لو قال انت حر مثل هذا او لم يقل هذا العبد فيحتمل ان يعتقا والاصح انهما لا
يعتقان زاد المصنف قلت الصواب عتقهما انتهى وعتق الثاني ينبغي ان يكون
مواخذة حتى لو كان كاذبا لم يعتق باطنا لان مثل هذا ليس صيغة انشا بخلاف
قوله للاول انت حر وكذا يدين اذا قصد بهذه الصيغة ايضا الاخبار او قال
اردت انه حر الاخلاق صرح به الصيمري في قوله لعبده انت حر كاذبا ومنها
حكى الرافعي عن ابن سريج واغفله الروضة انه لو قال لعبده وعبد غيره احدكما
حر لا يكون له حكما قال الرافعي وهذا غير مسلم لما ذكرنا في الطلاق وجهين
فيما لو قال لزوجته واجنبية احداكما طالق انه هل يقبل قوله اردت الاجنبية
فقد اتفق الوجهان على ان له حكما وانما الكلام في انه يتمكن من الصرف عن
الزوجة انتهى وهذا بين ولا ريب ان عبده لو قال اردتني احلف له ومنها
في فتاوى البغوي مات رجل فقيل لابنه ان اباك قد اعتق هذا العبد فقال ان كان
قد اعتقه فقد اعتقته فبان ان الاب لم يكن اعتقه قال يعتق لان قوله ان كان
الاب قد اعتقه ليس بتعليق لان الاب ان كان اعتقه فلا معنى لعتقه ولكن مقصوده
بهذا القول انكم اذا اتفقتم على عتقه فاني لا ارد قولكم فقد اعتقته وان كنت منكرا

العتق

في العتق الاب قلت وفيه نظر وينبغي ان يراجع ويعمل بمقتضى ارادته
وقضيته اطلاقه انه لا فرق بين كون العتق المضاف الى الاب في مرض موته
او غيره ولا بين خروجه من الثلث وغيره والصيغة تحتمل وقد يريد بها الاجازة
له ان كان قد وقع منه او التعليق على تحقق صدوره منه كل ذلك محتمل والعامي
لا يعرف ما ذكره من انه لا معنى لتعليقه ان كان الاب اعتقه ومنها
في كتاب الصلح من الحاوي انه لو باع عبده بيعا فاسدا ثم اذن لمشتريه في
عتقه فاعتقه المشتري باذنه لم يعتق لان اذنه انما كان مضمونا بملك العوض
فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالاذن قلت وفيه نظر ولا
شك ان التصوير فيما اذا كان البايع جاهلا بفساد البيع كما اقتضاه كلامه اما
لو علم فساده عتق ويحتمل ان يقال ينفذ وان علم فساده ويلزمه قيمته ومنها
قال الصيمري لو قال راس راسك حر بالتنوين عتق عليه فان قال اردت التسبيه
بالحر لم يقبل ظاهرا ودين ولو قال راسك راس حر بالاضافة لا بالتنوين وقال
ما اردت العتق قبل قوله في الظاهر قلت وغير المعرب لا يفرق
بين التنوين فيهما والاضافة فينبغي ان يراجع او يصدق في الحسبة فيهما والله
اعلم فرع لا خفا ان التعليق بالمشيئة وغيرها يجري في العتق كما سبق في
الطلاق ايضاحه قال البغوي لو قال انت طالق الا ان يشا او يبدو الي وقع
في الحال وتبعه في الروضة وحذف قول الرافعي ويمكن ان يقال هو كقوله الا
ان يشا الله او يشا فلان انتهى وقال المتولي لو قال الا ان انشا انا صار عدم الوقوع
معلقا بمشيته فمتى قال شئت عدم الوقوع بان ان الطلاق غير واقع انتهى
وقال البيهقي في المبسوط في كتاب النذور قال الشافعي يعني في الام كما دابته فيه
بهذا اللفظ هناك ولو قال الرجل غلامي حر الا ان يبدو الي في ساعتي هذه
او في يومي هذا او اشا او يشا فلان ان لا يكون حرا او امراته طالق الا ان
اشا ان لا تكون طالقا في يومي هذا او يشا فلان فشا او يشا الذي ذكره لم يكن العبد
حرا ولا المراة طالقا انتهى وقال الصيمري في كتاب الايمان من شرح الكفاية
عقيب التعليق بمشيئة الله ولو قال والله لافعلن كذا الا ان يبدو الي او الا ان

لا يسمى لزوم
فيهم اصلا
عند علمه بالفساد
وعدم العتق
لا يا الملك دكل
2 عمم

بحمد الله ما في قلبي فاذا تغير رايه عليه انتهى **قال** وهي
تعني الكتابة لا ملك لي عليك لا سلطان لا سبيل لا خدمة اي لي عليك
في الطلاق ومثلها لا يد لا امر ونحوها لاحتمالها **قلت** وما جزم به في
قوله لا خدمة لي عليك هو الجواب في التهذيب وغيره وفي تعليق البغوي انه
اصح الوجهين والثاني لا يكون شيئا وان نوى لان الخدمة لا تدل على الملك
وانه يجوز الوصية له بالخدمة دون الرقبة فربما يكون له خدمة بالوصية
دون الرقبة انتهى وقد يكون مالكا للرقبة ولا خدمة له عليها بان كان
مورثه اوصى بمنفعتها للغير ابدا وليس بشيء وان افهمه كلام البندنيجي في المعتمد
وقوله انت لله كناية خلافا لابي حنيفة **قال** انت سائبة اي لا اشعار
بالعتق بسببها سوائب الجاهلية انت مولاي لان المولى مشترك بين معان كثيرة
وعد الصيمري من الكنايات هنا قوله لا اسعك لا اكل ثمنك او اذهب او امض
قال وليس منها اقم عندي واقرب مني انتهى وعد في المحرر وغيره من الكنايات
قوله لامته بالفارسية باكدبانو مني قال ابن الصلاح ومعناها يا سيدة البيت
الفائمة بتدبير امره وهي بكاف مفتوحة ثم ذال معجمة ساكنة ثم باء موحدة ثم الف
ثم نون مضمومة ثم واو ومني بفتح الميم وكسر النون المخففة ومعناه الاختصاص
بالمتكلم قال الرافعي ولو قال لعبده يا سيدي فعن القاضي الحسين لا يعتق وان
نوى لانه من السودد وتدبير المنزل وليس فيه ما يقتضي العتق وبه اجاب في
الوجيز قال الامام والذي اراه انه كناية زاد في الشرح الصغير وهو الاشبه
عنده وعند غيره ولو قال لامته باكدبانوا فهو كقوله للعبد يا سيدي ويكونه
كناية اجاب في التهذيب انتهى وقال الشيخ ابرهيم المروذي لو قال لعبده يا سيدي
لا يعتق وان نوى ولو قال لامته باكدبانوا او قال لعبده يا خواجه لا يعتق انتهى
وجزم صاحب الكافي بان قوله لعبده يا سيدي كناية ومثله او اصح منه يا استاذي
قال وكذا كل صريح او كناية للطلاق اي فانها كنايات ههنا لاشعارها
بازالة الملك قبل الملك كذا اطلق الشيخان هنا وقد استثنا في كتاب الطلاق
لفظي العتق والاستبراء في حق العبد لاستحالتهما في حقه بخلاف الامة على الاصح

لقول

لقول المحلي للعدة في الجملة ولو قال لعبده انا منك حر فليس بكناية على
الاصح بخلاف قوله للزوجة انا منك طالق لشمول الزوجية لهما بخلاف الملك
وسبق عن الدارمي وغيره ان قوله انا طالق كناية وبعد ان قوله انا حر
كناية ثم رايت ابن الرفعة قال وفي قوله للامة انت علي كظهر امي وانا منك حر
وجهان في ان ذلك كناية ام لا والمختار في المرشد في الاولى الثاني وصوب الذي
قال به الاكثرون في الثانية انتهى ولعل محل مقابلته اذا قال انا منك حر كما
صوره اما اذا قال انا حر فانه لا اشعار فيه اصلا والاصح في الاولى انه كناية
واعلم اني ذكرت جملة صالحة في الغنية هناك من كنايات الطلاق وفي كون جميعها
كنايات في العتق وقفة للمتامل **قال** وقوله لعبده انت حرة ولامته
انت حر صريح اي ولا يضر الخطا في التذكير والتانيث وتعليما للاشارة
قال ولو قال اعتقتك اليك او خيرتك ونوى تفويض العتق اليه فاعتق
نفسه في المجلس عتق اي كما في الطلاق وقد بيناه هناك وان المراد مجلس التواجب
لا الاجتماع وعبارة المحرر والشرح والروضة ولو قال جعلت عتقك اليك ولا
معنى لحذف لفظة جعلت ثم عبارة الروضة والشرح فاعتق نفسه في الحال
عتق وهي ادل على الفورية وقد صرحوا بها هناك وقال ابن القاص وغيره هناك لا يضر
التاخير ما داما في المجلس وهذا ما توهمه عبارة الكتاب وقال ابن المنذر لها ان
تطلق نفسها متى شاءت وسبق عن القفال انها لو قالت كيف يكون تطليقي نفسي
ثم قالت طلقت وقع وقال الرافعي انه مبني على ان كلت الكلام لا يضر وسبق
انه يشترط لصحة التفويض كونها صحيحة العبارة لا صغيرة ولا مجنونة وذكر وانه
ان التفويض تمليك او توكيل قولان وكانهم فرعوا هنا على الاظهر قال المصنف
هناك بعد ذكر تفريع القولين ولو قال لها طلقي نفسك فقالت طلقت نفسي او انا
طالق اذا قدم زيد لم يقع اذا قدم وقيل يقع ولو امرها بالتعليق او قاله لاجنبي
ففعل لم يصح في اصح الاوجه ثم قال وصور نص لا عتاق الى العبد كتفويض التطليق
الى الزوجة في الاحكام المذكورة ثم ذكر صورا الحق مثلها ههنا **تنبيهات**
منها وقع في الروضة ولو قال جعلت عتقك اليك او حررتك ونوى تفويض العتق

الى المسلمة ثاني بلفظ الحاء المهملة والدال المكررة وصوبت فلم ووقع في نسخ
الشرح حرتك كالمحرر وفي نسخ معتمدة او حريتك وكذا رايتها في نسخ بالتهذيب
قيلون قد فوض اليه عتقه بصريح لفظ العتق والتحرير وسيعلم ما سياتي وفي
نسخ بالتهذيب كالمحرر وهي الصحيحة ومنها اخذ الرافعي **ومنها اعلم**
ان قضيته ما ذكراه هناك ان التفويض بالصريح لا يفتقر الى نية التفويض وانما ذكر
اذا فوض اليها بكناية والمتبادر من لفظ المنهاج واصله هنا خلافه وانه يفتقر اللفظ
اليها فيختص قولها ونوى بتفويض العتق اليه بلفظة حررتك لانها كناية ولا يعاد
الى قوله عتقتك اليك لانه تفويض بالصريح وبهذا تبين ان الصواب لفظة حررتك
من التحرير لا لفظة حرتك من التحرير لان التفويض بالصريح لا يحتاج الى نية تفويض
كان التمليك تصريح لفظ الهبة لا يحتاج الى نية التمليك **ومنها** قال البغوي
في الفتاوى اذا قال لعبده بع نفسك منك فقال بعت فهو كما لو قال لامراته امرك
بيدك فان نوى تفويض العتق اليه ونوى العبد عتق انتهى وفيه اشكال **قال**
او اعتقتك على الف او انت حر على الف فقبل اي في الحال كما قيده الرافعي
وغيره او قال له العبد اعتقني على الف فاجابه اي في الحال ايضا عتق في
الحال ولزمه الالف اي في الصور الثلاث كما في الطلاق قال الرافعي ولو قال
اعتقتك على كذا الى شهر فقبل عتق في الحال والمال موجل ولو اعتقه على
خمر او خنزير عتق وعليه قيمته وكذا ان قال اعتقتك على ان تخدمني ولم يبين
مدة او قال على ان تخدمني ابدا ولو قال على ان تخدمني شهرا او تعمل لي كذا او فصله
فقبل عتق وعليه ما التزم اي وان لم يفصله عتق وعليه القيمة ولو خدمه نصف
شهر ومات فللسيد نصف قيمته في تركته وهذه الصور اخذها كلها من التهذيب
وقوله على ان تخدمني شهرا يفهم انه يلحق الابهام وينزل على خدمة شهر من الان
وليس كذلك بل يعتق وعليه قيمته وقد يجاب عنه بان قوله وفصله يعود على العمل والشهر
جميعا اي وبين الشهر والعمل وعبارة التهذيب على ما رايته في اربع نسخ منه ولو قال
اعتقتك على ان تعمل لي كذا وبينه او قال على ان تخدمني شهرا فقبل عتق وعليه
ما قبل وهي تشعر بانه لا يشترط تعيين الشهر ورايت في بعض النسخ المعتمدة من الشرح

عقب

عقب ذكره العتق على الخمر والخنزير وكذا لو قال اعتقتك على ان تخدمني
شهرا ولم يعين مدة او قال على ان تخدمني ابدا الى ما تقدم فاقتضى ان ابهام
الشهر كابهام المدة وعبارة التهذيب والكافي كما سبق فيحتمل انه ينزل الاطلاق
على شهر من الآن لكن ذكر الشيخان في كتاب الكتابة انه لو قال اعتقتك على ان
تخدمني شهرا من الآن فقبل عتق وعليه الوفاء والظاهر ان قولهما من الآن
قيد للصحة فالا فان تعذر لمرض وغيره ففيما يرجع عليه السيد به من اجرة
مثل الخدمة او قيمة العبد قولان كالصداق وبدل الخلع **فايدة** قال في اصل
الروضة في كتاب الاجارة لو استاجر للخدمة وذكر وقتها من الليل والنهار وفصل
انواعها صح وان اطلق فقد حكي عن النص المنع والمذهب الجواز ويلزم ما جرت العادة
به وذكر في الكتابة انه لو كاتبه على خدمة شهر ودينار عن البغوي انه يشترط بيان
العمل في الخدمة وقال ابن الصباغ يكفي اطلاق الخدمة فهو منطبق على ما جعلاه
المذهب في الاجارة وقد خالف لما اقتضاه كلامهما هنا تبعا للبغوي ويبعد انه لو
قال بعتك هذا على ان تخدمني انت شهرا من الآن او بخدمتك لي شهرا وعينه انه يصح
فرع رايت في فتاوى القفال انه اذا كان في يد عبده الف درهم اكتسبها
فقال السيد اعتقتك على هذا الالف قال الشيخ يعني القفال حكى ابو منصور الكرماني
عن ابي بكر الفارسي انه قال فيه ثلاثة اوجه احدها انه يعتق ولا شي على العبد
والالف ملك السيد لانه كسب عبده والثاني يعتق ويتراجعان بالقيمة كالكتابة
الفاسدة فان كان الالف اكثر من قيمة العبد فيلزم السيد ان يرد تلك الزيادة عليه
وان كان الالف اقل فانه يتبعه بالزيادة الى تمام قيمته والثالث يعتق والالف
ملك للسيد ويرجع على العبد بتمام قيمته **قال** ولو قال بعتك نفسك بالف فقال
اشتريت فالمذهب صحة البيع ويعتق في الحال وعليه الالف والولاء لسيده ٥ ذكر المحرر
هذه المسئلة هنا تبعا للتهذيب وذكراها في الروضة والشرح في كتاب الكتابة تبعا للوجيز
وغيره قال الرافعي والمذهب صحة البيع كما لو اعتقه على مال وعن نقل الربيع او تخريجه
قول انه لا يصح البيع اي لان السيد لا يبايع عبده الاولى انه لا يبيعه ماله لا آخر وايضا
لان البيع لا ثبات الملك وهو لا يملك نفسه قال واختلفوا فيه فمنهم من اثبته قولا آخر

قال والثاني هو الصحيح والاول منهم قال بالتنكير

ومنهم ابو حامد القاضي والشيخ ومنهم من جعله من كسب التدبيج وقطع بالاول
ويحكى ذلك عن ابي اسحق وابن ابي هريرة انتهى وصورة المسألة اذا باعه نفسه
بالف في ذمته كما هو ظاهر عبارة الكتاب ورايت في كتاب الكشف عن اصول
الفرايض للامام ابي الحسن ابن سراقة العامري البصري من متقدمي ايمتنا قال
المزني قال الشافعي ولو اقر السيد انه باع عبده من نفسه بالف فان صدقه العبد
عتق والالف عليه وان انكر فهو حر والسيد مدع وعلى المنكر اليمين قال الربيع وفيها
قول اخر ان البيع باطل قال فاغفل المزني حيث نقل المسألة ولم يذكر معناها
ولا تكلم عليها بشيء فاوهم من يقراها ان بيع العبد من نفسه جايز وغلط الربيع
بقوله وفيها قول اخر ان البيع باطل بل لا يختلف مذهب الشافعي رحمه الله ان
بيع العبد من نفسه باطل لان المال للسيد والعبد من مذهبه لا يملك المال فجميع
ما في يده لسيده فغير جايز ان يبيع ماله بماله والمسألة متاولة وهو ان يكون العبد
قال لسيده اعتقني واعطيك الفا بدلا من عتقي فاعتقه على ذلك صار حرا ثم جحد
العبد فقال السيد بعته من نفسه بالف وانكر العبد البيع وذلك يقع على وجوه
كثيرة هذا احدها او يكون قال بعتك بكذا الى وقت كذا او على ان يخدمها او يخدمها
فلان فيصح لذلك اذا لم يكن افراره ابتدا بيع واقع في الحال وانما هو اخبار عن تمليكه
نفسه متقدما بما سمى بيعا واخذ باقراره واسقط دعواه اذا كذبه العبد هذا قول
القاضي ابي حامد ويحتمل ان يكون السيد قال للعبد ان ضمنت لي الفا فانت حر
فقال قد ضمنت ولا يكون في ذلك لفظ بيع ويحتمل ان يكون قصد الشافعي
رضي الله عنه احد هذه الاقسام ولم يذكر البيع ولكن لتوسعه في العبارة عبر عن ذلك
بالبيع كما عبر في غير موضع عن التغشية بالقيء وبالقيء عن التغشية لما علم من مذهبه وتوسعه
في اللغة وهو طبعه فان صح انه اراد احد الوجوه الثلاثة وعتق العبد فولاؤه
للسيد لان الولا لا يثبت الا لمن اعتق لا للحديث وعلى قول مالك واهل العراق
يصح بيعه من نفسه كالكتابة وقد قدمنا ان الكتابة خارجة عن الاصول وبخلاف القياس
مخصوصة بالدلايل من الكتاب والسنة واجماع الامة انتهى وفي النسخة بعض سقط
واطراف كلامه تفهم ان بيعه من نفسه باطل على المذهب سوا كان بثمن في الذمة او معين

وفي اثنائه ما يشعر بان البطلان فيما اذا باعه نفسه بثمن معين لا في الذمة
كما اقتضاه توجيهه السابق والله اعلم وقال في النهاية في الفروع المنثورة في
اواخر الكتابة ذكر الشيخ ابو علي في شرح التلخيص ما يشكل من عقود المعاوضة
ويتعلق به تردد للاصحاب فمما ذكره ان السيد اذا قال لعبده بعتك من نفسك بالف
درهم فقال قبلت فالمذهب الصحيح انه العقد يصح ويعتق العبد بالقبول والالف
يقع في ذمته وخرج الربيع قولا ان ذلك لا يصح ويلغو ولا يترتب عليه عتق ولا حكم
اصلا فانه عامل رقبته بالبيع المحقق وهذا وان كان له وجه في القياس فهو
مزيد مردود غير معدود من متن المذهب واذا فرعنا على الصحة فاذا اشترى
نفسه فالوجه تنزيله منزلة ما لو اشترى الانسان من يعتق عليه حتى يخرج الكلام
في ان خيار المجلس هل يثبت وهل يصح فيه شرط الخيار وقد ذكرنا هذا في شري
القريب وحكى الشيخ ان الاصحاب خرجوا عتق العبد على ما اذا اشترى الانسان
عبدا ثم اعتقه في زمان الخيار وهذا ذكره ما دام في المجلس وهو تفريع منه على
اضعف الوجهين في شرى الرجل من يعتق عليه وهو منسوب الى الاودني
فانه اثبت خيار المجلس فيه وبالجملة شرى العبد نفسه اقرب الى مقصود العتاقة
من شرى الرجل من يعتق عليه انتهى تنبيهات وفروع تضمن كلام
المصنف ترجيح القطع بالصحة ولم يصرح الرافعي بترجيحها في شيء من كتبه وكلام
الامام يوافقها وكذا الماوردي في موضع واذا صححنا البيع فولاؤه للسيد كما جزم به
المصنف كما لو اعتقه على الف وقيل وربما نسب الى ابن سريج انه لا ولاء عليه فانه
عتق عن ملك نفسه ٥ لا يجب على السيد ان يحط عنه هنا شيئا على المذهب وحكى
الامام وجها انه يجب الايتاء في كل عقد عتاقة فيه عوض كالكتابة ٥ قال البغوي
والرافعي ولو قال بعتك نفسك بهذا العين او بخمر او خنزير فان صححنا بيعه منه
اي بثمن صحيح في ذمته واثبتنا الولاء للسيد فيعتق وعليه قيمة رقبته كما لو اعتقه
على خمر او خنزير وان قلنا لا ولاء عليه فلا يصح ولا يعتق كما لو باعه من اجنبي بخمر او خنزير
زاد البغوي في الفتاوى اذا باع احد الشريكين نصيبه من العبد من نفسه هل يسري
ان اثبتنا الولاء بيعه من نفسه يسري كما لو اعتقه وان قلنا لا يثبت لا يسري

كما لو باعه من غيره ٥ سبق عن رواية القفال انه لو كان بيد عبده
الف درهم اكتسبها فقال اعتقتك على هذا الالف ففيه ثلاثة اوجه
وقال الامام متصلا بكلامه على بيع العبد من نفسه اذا قال لعبده ان اعطيتني
الفا فانت حر او ان اديت الفا فانت حر فاذا احضر الفا فهذا اولا فيه
غموض من جهة انه لا يأتي بالف هو له اذ لا ملك للعبد ويقع هذا فيما اذا
قال لزوجته ان اعطيتني الفا فانت طالق بالف مغصوب ولكن نفرع على العتق
ونقول بعد ما سبيل هذه المعاوضة وكيف تنزيلها ذكر الشيخ ثلاثة اوجه احدها
ان حكمه حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ردا ورجوعا الى القيمة ثم تتبع الكسب
والولد ولكن يغرم قيمته والثالث انه لا يغرم القيمة ايضا قال الامام وفي وضع
هذا الكلام اضطراب لا بد من كشفه ونحن نقول الكسب والولد الحاصلان
قبل هذا التعليق لا يتبعان بلا خلاف وانما هذا التردد فيما حصل بعد التعليق
من كسب او ولد وكان حاصل الكلام فيه ان هذا اللفظ من السيد هل يكون
كتابة فاسدة ان جعلناه كتابة فاسدة تبع ما بعده من كسب وولد ومنهم من لم يجعله
كتابة فاسدة ثم هولاء اختلفوا فقال بعضهم تعليق محض لا يقتضي رجوعا بالقيمة وقال
آخرون لا بد من ثبوت الرجوع بالقيمة كقوله لزوجته ان اعطيتني الفا فانت طالق
فاعطته مغصوبا والقايل الاول يقول كانت المراة من اهل الالتزام لما خوطبت بخلاف
العبد القن فحملت المعاملة مع العبد على التعليق المحض انتهى ٥ قال الرافعي والبغوي
لو قال وهبت نفسك منك او ملكتك نفسك فقبل عتق وعند ابي حنيفة يعتق بلا قبول
قال البغوي وان لم يقبل في المجلس اي على الفور لا يعتق قال واذا ذكر لفظ الهبة
لا على طريق التمليك بل قال وهبتك نفسك ونوى به العتق فهو كناية يعتق من غير
قبول وذكر بعض اصحابنا انتهى ويقرب بالبال تخريج الصورة الاولى على ان هبة الدين
للمدين تمليك او اسقاط حق لان هبة العبد من نفسه او تمليكه اياها ليس على حقيقة
التمليك والهبات للاعيان فان جعلناه اسقاط حق عتق بلا قبول كما قاله ابو حنيفة
وهو بعيد نعم لو كان ذلك قد اشتهر استعمال ذلك للعتق فيجري فيه ما سبق في الاشارة
اليه من الخلاف وينبغي ان يراجع السيد في انه هل نوى بذلك العتق ام لا فان اكثر

الناس يجهل اختلاف الحكم باختلاف القصد والله اعلم **قال**
ولو قال للحامل اعتقتك او اعتقتك دون حملك عتقا ٥ اذا اعتق امته الحامل
بمملوك له عتق الحمل ايضا لا بطريق السراية فانها في الاشقاص لا في الاشخاص
بل بطريق التبعية كما في البيع واما اذا اعتقها دونه فيتبعها ايضا على الصحيح
وفيه ما سياتي لان العتق لا يبطل بالاستثناء لقوته بخلاف البيع الا ترى انه
لو استثنى عضوا في البيع بطل والعتق لا يبطل بذلك **قال** ولو اعتقه
يعني الحمل عتق دونها اي على الصحيح لان الام لا تتبع الحمل وعن الاستاذ
ابي اسحق انها تعتق بعتقه كعكسه والظاهر الاول كذا قاله الرافعي وغيره
هنا ونقلا في كتاب التدبير عن فتاوى القاضي الحسين ولم يحكيا خلافه انه اذا كانت
جاريته حاملا والحمل مضغة فقال اعتقت مضغة هذه الجارية كان لغوا لان
اعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لا يصح ولو قال مضغة هذه الجارية حر فهو اقرار بان
الولد انعقد حرا وتصير ام ولد زاد في الروضة قلت ينبغي ان لا يصير حتى
يقر بوطئها لانه يحتمل انه حر من وطي شبهة ما انتهى اي من اجنبي وما قاله
ظاهر وقد تكون علقت به من زوج غير عالم بحريتها وغير ذلك وكلام القاضي هذا
ينازع في اطلاق القول بانه اذا قال اعتقت حمل هذه الجارية انه يعتق من
غير فرق بين الحالين ورأيت في تعليق البغوي اذا اعتق الجارية الحامل
عتق الحمل سوا اعتق الام عن كفارة او تطوع فلا يجزي فيه معنيان احدهما
لاتصاله بها كالبدو والثاني السعة ولو قال اعتقتك دون الحمل يعتق على ظاهر
المذهب كما لو قال اعتقتك الا يدك او اعتقت يدك دون سائر بدنك ومنهم من
قال ان قلنا معنى السعة لا يعتق الحمل كما ان الطلع تبع الشجرة والبيع فان
استثناه لم يتبع وهذا لا يصح وقال ابن الرفعة في آخر فصل السراية واما السراية من شخص
الى شخص فلا شك فيها ايضا وذلك بان يعتق الامة الحامل برقيق له فان
الولد يعتق لكن اختلف الاصحاب في كيفية عتقه فمنهم من جعله على جهة السراية
لانه جزء من اجزائها ومنهم من قال انما عتق على وجه التبع وعليهما يخرج ما لو قال اعتقت
الحمل فعلى الاول يعتق الام ايضا وعلى الثاني لا وهو المذهب في على الخلاف يخرج كما قال

القاضي الحسين ما اذا قال اعتقت الجارية دون حملها فعلى الاول يعتقان
وبه جزم المتولي في كتاب الظهار وعلى الثاني تعتق الام خاصة ولو كانت
الجارية لشخص والحمل لآخر لم يسر العتق من الولد الى الام بلا خلاف ولذا
لا يسري من الام الى الولد على الاصح قاله القاضي الحسين ومن اصحابنا من قال
يعتق الولد ويجب على معتق الام قيمته وقت انفصاله واعلم ان محل نفوذ العتق
في الحمل اذا اورده عليه خاصة اذا نفخ فيه الروح اما اذا لم ينفخ فقد قال
القاضي الحسين في فتاويه لم يعتق انتهى والمتجه دون اطلاق عدم النفوذ
وانه متى علم انها كانت حاملا وقت تلفظه بالعتق بان وضعته لدون ستة
اشهر من تلفظه بعتقه انه يعتق قال القفال في الفتاوي اذا قال لجاريته
ما في بطنك حر فاتت بولد لاقل من ستة اشهر فانه يعتق وان اتت به لستة
اشهر فاكثر نظر ان كان لها زوج لم يعتق وان لم يكن زوج ففيه وجهين **فائدتان**
الاولى قياس المذهب ان موضع عتقهما جميعا في صورتي الكتاب
الا وليس وما اشبههما اذا وقع ذلك في صحته او كان في مرض موته والثلث
يحتملهما اما لو لم يحتمل الا الام فقط فالظاهر نظرا الاصل انها تعتق دونه
اذا لم يحتمل الثلث غيرها كما لو قال في مرض موته اعتقت سالما وغانما ولا يحتمل
الثلث الا سالما والاظهر فرق بين ان رتب هو العتق او رتبه الشرع
على سبيل التبعية في انه لا يعتق في هذه الحالة الا الاول فقط **الثانية** اذا
اعتق من وضعت احد التوأمين والآخر مجتن حالة العتق فهل يتعدى العتق الى
من وضعته قبل الظاهر لا ويتعدى الى المجتن لاتصالها في العتق وسبق في
البيوع حكاية خلاف في ان المشتري لا يتعدى الى المجتن بل يتبع للبائع تبعا للمنفصل
وحكي عن النص وقد يقال به هنا فيما اذا اعتقها دون حملها ولا ظهور له **قال**
ولو كانت لرجل والحمل لآخر لم يعتق احدهما بعتق الآخر لانه لا استتباع مع اختلاف
المالكين وسبق نقل وجه عن رواية القاضي الحسين انه يعتق الولد ويجب على معتق
الام قيمته وقت انفصاله ولا يسري العتق من الولد اليها بلا خلاف **قال**
واذا كان بينهما عبد فاعتق احدهما كله او نصيبه عتق نصيبه اي للخبر الآتي ولانه

مطلق التصرف فيه فان كان معسرا اي حالة العتق بقي الباقي لشريكه
والا اي وان لم يكن معسرا سرى اليه او الى ما ايسر به اي من قيمة نصيب
شريكه فان ايسر بقيمة جميع نصيب الشريك سرى اليه قطعا على ما سنوضحه وان ايسر
ببعضه فكذلك على الصحيح والاصل في المسألة قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا
له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم
وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق اخرجاه في الصحيحين من رواية
ابن عمر رضي الله عنهما وفي رواية للبخاري من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا
قوم عليه ثم يعتق ولمسلم من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه في ماله قيمة عدل
لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا **تنبيهان احدهما**
قوله فان كان معسرا قد يندرج فيه ما اذا اوصى بعتق حصته او دبرها لان التركة
نصيب للورثة بموته نعم لو اوصى بعتق حصته وبتكميل من ثلثه صار كالمستثنى من
مال الورثة فيكون موسرا به كذا قاله الروياني ونقلا عن القاضي ابي الطيب
انه قال عندي انه اذا اوصى بالتكميل فانما يكمل باختيار الشريك لان
التقويم اذا لم يكن مستحقا لا يصير مستحقا باختيار العتق **قلت** وهذا
اوجه وان كان الرافعي قال ان الاكثرين اطلقوا الكلام اطلاقا ووجهه
الروياني بانه متمكن من التصرف في الثلث فاذا اوصى بالتكميل فقد استبقى
لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث فكان موسرا به انتهى ولا يضعف هذا التوجيه
وذكر الامام والغزالي ان صورة الوصية بالتكميل ان يقول اشتروا نصيب
الشريك فاعتقوه فاما اذا قال اعتقوه اعتاقا ساريا فلا اصل في هذه الوصية
لانه لا سراية بعد الموت وان اعتقنا نصيبه فالذي اتى به وصية بمحال قال
الرافعي ولك ان تقول اذا قال اشتروا نصيبه فاعتقوه فهذا يتوقف على احتمال
البائع ولا حاجة فيه الى الامر الى ما ذكره القاضي ابو الطيب فان كان لا يتوقف
الامر على اختياره فلا يبعد ان يقال انه كان متمكنا من اعتاق نصيبه والتوسل
الى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه ايضا اذا كان يخرج
من الثلث من غير اختيار الشريك فينفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه قال

الزنجاني وهذا نادر من وراء سنده ونفي ما في انا اذكر ما ذكره الروياني
وقال ابن الصلاح بعد ما ذكر من كلام الامام وكان المراد بالسراية انه لا سبيل
الى ان يعتق عنه نصيب شريكه بعد موته الا ان يوصي بالشرى والاعتاق
وقال الشرواني في المعتمد بعد قول الجويني وان وصى بعتق نصيبه بعد موته
واعتق عنه فلا سراية الا ان يوصي بالسراية معناه انه يوصي فيقول اعتقوا
نصيبي واشتروا الباقي واعتقوا الجميع عني وليس المراد بانه يوصي باعتاق
نصيبه عتقا ساريا فالسراية على الميت محال وما ذكره هو قضيته ما في تعليق
البغوي وتهذيبه والكافي وما سبق عن الروياني اخذه من قول ابن الصباغ
فان اوصى بعتق نصيبه وقال كملوه فان خرج ذلك من الثلث كمل لان له
التصرف في ثلثه فان لم يخرج كمل منه ما خرج من ثلثه قال القاضي ابو الطيب
في المجرد وعندي انه انما يقوم حصة شريكه اذا وصى بذلك اذا رضي شريكه
به ولا يلزمه ذلك قال ابن الصباغ واصحابنا اطلقوا ذلك وما قالوه له وجه
صحيح لان التقويم لا يجب لان العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال فجرى
مجرى المعسر فاذا اوصى بتكميله كان قيمة النصف باقية على حكم ملكه فصار بمنزلة
الموسر اذا اعتق انتهى وقال الماوردي اذا اوصى بعتق نصيبه بعد موته وبعتق
نصيب شريكه قال ابو حامد الاسفراييني تصح وصيته بعتقهما اذا احتملهما الثلث
لانه بالوصية مستبق لهما من ماله فصار موسرا بهما كالحي فصار عتق نصيبه مباشرة
وعتق نصيب الشريك سراية وهذا عندي ليس بصحيح بل تصح الوصية بعتق نصيبه
ولا تسري الى نصيب شريكه لامرين احدهما انه موص بعتق ملك غيره فلم يلزم غيره
والثاني ان عتق السراية ما سرى بغير اختيار ولا وصية وهذا موجود في عتق
الحي ومعدوم في حق الميت ولكن لو كان الموصي يملك جميع العبد فوصى بعتق
بعضه بعد موته ففيه وجهان من اختلاف اصحابنا في الحي اذا اعتق بعض عبده
هل ينفذ العتق في جميعه مباشرة او سراية الى آخره وهذا نحو ما اقتضاه كلام
القاضي ابي الطيب والمراوزة وهو الفقه الواضح **ومنها** موضع السراية
وفاقا بما اذا لم يتعلق بمحل السراية حق لازم فلو لم يملك الا عبدا فرهن نصفه ثم اعتق

ذكره صح

النصف

النصف الآخر فلا سراية الى نصفه المرهون على الاصح وان كان موسرا
به او بحصة الشريك سرى وقوم عليه على الاصح وكذا لو كان مدبرا على الاظهر
وان كان اثنان ثم اعتقه احدهما سرى العتق على الصحيح او المشهور لكن لا يقوم ولا
يسري في الحال بل بعد العجز عن اداء نصيب الشريك على الاصح ولو استولد الامة
احدهما وهو معسر ثم استولدها الثاني ثم اعتقها احدهما ففي السراية الوجهان
ومقتضى كلام القاضي الحسين في كتاب الشفعة انه لا يسري في الولد من
الجانبين مطلقا وبناه على ان ما لا يستحق بالشفعة لا شفعة به ولا معنى لذلك ○
ولا سريان قطعا الى الحصة الموقوفة قطعا وان سرى الى المنذور على وجه
لانها قابلة للعتق المنجز بخلاف الموقوفة على الاصح **ومنها** قضية اطلاق
المصنف وخلائق انه لا فرق في الحكم بالسراية بين كون الشريك المعتق
لنصيبه من العبد المسلم مسلما او كافرا وفيما كان المعتق لنصيبه كافرا طريقان
مشهوران اصحهما عند الشيخ ابي حامد واتباعه والبغوي وغيره القطع بالسراية
كالمسلم لانه مجبر على التقويم وليس هو باختياره والطريق الثاني فيه وجهان
او قولان كبيعه قالها الفوراني وجماعة وهي ضعيفة على قولنا يحصل السراية
بالاعتاق ومنها سبيله على قولنا يتوقف العتق على اداء القيمة كما اشار اليه الامام
وفي تعليق البغوي ان قلنا السراية تحصل باللفظ سرى وان قلنا باداء
القيمة فمعناه شراء العبد المسلم فهل يسري وجهان اصحهما نعم لانه مقوم عليه شرعا
كما لو ورث الكافر العبد المسلم **ومنها** ليس المراد باليسار هنا ان يعد
غنيا بل اذا كان له ما يفي بقيمة الشقص او بعضه على الصحيح قوم عليه ايضا والضابط
انه يصرف في ذلك كل ما يباع في الدين حتى مسكنه وخادمه فضل عن قوته وقوت
من يلزمه نفقته يومه وليلته ودست ثوب يلبسه وسكنى يوم هكذا اورداه ههنا وذكر
في التفليس انه يبقى للمفلس ايضا غير ما ذكراه هنا وقضيته التشبيه ان كل
ما يبقى هناك يبقى ههنا ولا يبعد معه موسرا وعبارة الجرجاني والروياني
في الحلية فاضلا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته ونقله في البحر عن نص
الام وكذا قاله البغوي في المفلس ثم الاعتبار في اليسار بحالة الاعتاق فان كان

معسرا ثم ايسر فلا تقويم والمريض في الثلث كالصحيح في كل ماله وفيما زاد على الثلث معسر **ومنها** ما جزم به المصنف من انه اذا ايسر ببعض نصيب شريكه انه يسري الى القدر الذي ايسر به هو الصحيح ونص الام لانه يقرب من الحرية والاستقلال والثاني المنع لان تقويم البعض لا يفيد به الاستقلال وثبوت احكام الاحرار وهذا الظاهر قوله في اختلاف الحديث من الام فمن اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وان لم يكن له ما يبلغ قيمته عتق عليه ما ملك ورق ما بقي اصحابه انتهى لفظه وهو نحو لفظ الحديث

قال وعليه قيمة ذلك يوم الاعتاق اي حالة الاعتاق على الاقوال كلها عن المزني والعراقيين والقاضي الحسين وزعم البغوي ان لا خلاف فيه لان وقت الاعتاق وقت الاتلاف او وقت سببه وقال بعض المراوزة ان قلنا يقوم في الحال فالحكم كذلك وان قلنا بالتاخير الى الاداء فثلاثة اوجه احدها هذا وثانيها بحالة الاداء والثالث يعتبر اكثر الامرين ونسبه الامام الى بعض المصنفين وقال انه الصواب وزيف الثاني والمذهب الطريق الاول وعبارة اصل الروضة ان قلنا يحصل السراية باللفظ او قلنا بالتبين اعتبرت قيمته يوم الاعتاق وان قلنا بالاداء فهل يعتبر يوم الاعتاق لا وان قلنا بالاداء فهل يعتبر يوم الاعتاق ام الاداء ام اكثر القيم من يوم الاعتاق الى الاداء اوجه الصحيح عند الجمهور الاول ورجح الامام والغزالي الثالث انتهى قال ابن الرفعة وسلك الماوردي طريقا اخر فقال الاعتبار بقيمته حين الاعتاق على الاقوال كلها ان كانت ازيد قيمته من حين العتق الى حين بذل القيمة وان كانت انقص وقلنا السراية باللفظ او قول التوقف فالاعتبار بقيمته وقت العتق وان اوقفنا السراية على الاداء فوجهان احدهما الاعتبار بوقت العتق لانه السبب والثاني بحال اداء القيمة كالغاصب ۞ قال ابن الرفعة ثم الحصة التي سرى اليها العتق تقوم قبل العتق حتى لو كانت قيمة نصفه قبل العتق مائة ووقت العتق تساوي سبعين وكان النقص بسبب العتق تلزم المائة قاله في شرح الفروع والبحر في كتاب الغصب والماوردي هنا ووجهه ان العتق موكس لقيمته

١٧٨

وهذا الوكس تعقبه حر بجري جنايته انتهى وفيه وقفة للمتامل ولا احسب احدا يقول انه لو كان المعتق معسرا انه يلزمه في ذمته ما نقصه العتق من قيمة حصة شريكه **فروع** اختلفا في قيمته فان كان حاضرا والعهد قريب راجعنا المقومين وان مات او غاب او تقادم العهد فانهما لصدق بيمينه فيه قولان اظهرهما المعتق لانه غارم كالغاصب قال الماوردي وان كان الشقص باقيا بحاله لم يتغير رجعنا الى قول مقومين عدلين فان شهدا بما ذكره احدهما اسقط بلا يمين او بازيد مما ادعاه استحق ما ادعاه فقط او باقل مما ذكره المعتق لم ينقص عنه وان شهدا بزيادة بين ما ادعياه على شهادتهما انتهى ۞ لو اختلفا في صفته قيمته كالخياطة واتفقا على قيمته لو لم يعرف تلك الصنعة فان كان حاضرا وعملها ولم يمض بعد الاعتاق ما يسع تعلمها صدق الشريك وان مضى ما يسع التعلم او مات او غاب صدق المعتق وقيل فيه القولان ولا عبرة بقول العبد في علمه وضعفه بل يجرب ۞ لو اختلفا في عيب منقص فان ادعاه خلقيا ككمه او خرس وقد غاب العبد او مات صدق المعتق بيمينه قطعا بما اذا ادعى النقيصة في الاعضاء الظاهرة اما لو ادعاه في الباطنة فقولان كالصورة بعدها لتمكن الشريك من اقامة البينة على سلامة العضو الظاهر وان ادعى حدوث عيب قبل العتق كعمى او سرقة فالمصدق الشريك على الاظهر اذ الاصل بقاء السلامة وخص بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه وقطع في غيره بتصديق الشريك لعسر اثباته ببينة **فايدة** من شروط السراية ان يوجه الاعتاق الى ملكه ليعتق نصيبه اولا ثم يسري وذلك بان يقول اعتقت نصيبي من هذا العبد او النصف الذي املكه او هذا العبد فلو قال اعتقت نصيب شريكي او نصيب شريكي منه حر على وجه الاسكان لغوا ولا يعتق شيء من العبد وان اطلق وقال لمن يملك نصفه اعتقت نصفك فهل يحمل على ما يملكه ام على الاشاعة فيه وجهان ارسلاهما وفي التهذيب ان الظاهر الثاني وعلى التقديرين يعتق جميعه اذا كان موسرا قال الامام ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فايدة الا في تعليق طلاق او اعتاق بان يقول ان اعتقت نصيبي

من هذا العبد فامرائي طالق وظاهر كلامه ان القايل ذلك هو المعتق
وعبارة ابرهيم المروذي وفايدة الخلاف لو كان شريكه علق طلاقا او
عتقا بمباشرته العتق في نصيبه قال ابن الرفعة وقد يظهر له فايدة ههنا
وهي ان شريكه لو وكله في عتق نصيبه فان قلنا بالشيوع عتق جميعه عليهما
وان قلنا يقع على نصيبه لم يعتق حصة الشريك وحكى في اي الحال في هذه الصورة
وجهين احدهما انه يتناول نصيب شريكه فقط وثانيهما يعتق نصيب نفسه
فقط زاد في الروضة ولعله اصح وان قال اردت نصيبي قوم عليه بانه او نصيب
شريكي قوم على الشريك نصيبه قلت فلو نازعه وقال انما اردت نصيبك
فالظاهر تصديق الوكيل لانه اعرف بقصده ومن فتاوى البغوي انه لو كان
عبد بين شريكين موسر ومعسر فوكلا رجلا باعتاقه فاعتق الوكيل ثم قال
اعتقت من جهة الموسر دون المعسر وكذبه الموسر وصدقه المعسر لا يقبل قول
الوكيل وللمعسر تحليف الموكل الموسر والله اعلم واعلم ان جماعة اجروا الوجهين
في الاشاعة وعدمها في البيع والاقرار وصحح البغوي الاشاعة فيهما وقال ابو
حنيفة يحمل في البيع على ما يملكه لان الظاهر انه لا يبيع ما لا يملكه وفي الاقرار
على الاشاعة لانه اخبار واستحسنه الامام وقال الغزالي في البسيط انه متجه
فقلت وفي الوسيط فليجعل وجها في مذهبنا وزاد في الروضة انه الراجح وفيه
نظر والظاهر جريان الوجهين في الاجارة والوقف والهبة والوصية ونحوها
ولم اره نعم لو اوصى الشريك على نصيبه في الوصية ونحوها من القرب ظاهر من حيث المعنى
لا اللفظ قال وتقع السراية بنفس الاعتاق نص عليه في اختلاف الحديث
واختلاف العراقيين وكتاب الوصايا واختاره المزني وصححه الجمهور لما في صحيح
البخاري من رواية ابن عمر من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له
من المال ما يبلغ قيمته فهو عتيق وفي النسائي وصحيح ابن حبان من رواية ابن
عمر وجابر رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبدا فيه شركا وله وفا فهو حر
ويضمن نصيب شركايه وروى مسلم وابو داود من اعتق شركا له في عبد عتق ما بقي في
ماله الحديث ولان يسار مقيمه بانه اتم مقام كون باقيه في اقتضا السراية فيحصل له ١٢

بنفس

بنفس اللفظ كعتقه بعض عبده فعلى هذا القول يصير حكمه في الحال
حكم الاحرار في شهادته وجميع الامور من الحدود والميراث والجنايات
وان لم تؤد القيمة قلت وفي الحدود وقفة لشبهة الخلاف
في تجزء الحرية قبل الادا وان اخرنا الحرية الى الادا فله حكم الارقا
حتى تؤدى وان توقفنا في هذه الاحكام قال وفي قول باداء القيمة
اي لان التقويم لازالة الضرر عن العبد والشريك وفي ازالة ملكه قبل
حصول عوضه اضرار به فانه قد يفوت بهرب وغيبة والضرر لا يزال بالضرر
ولذلك قلنا يتوقف الملك بالشفعة على تسليم العوض وهذا القول يحكى
عن القديم وعبر في روايات الحديث في المسئلة ما يعضده ولم ار الامر مرجحا
قال وفي قول ان دفعها اي القيمة بان انها اي الحرية حصلت بالاعتاق
لان الحكم بالعتق يضر بالسيد والتاخير الى ادا القيمة يضر بالعبد والتوقف
اقرب الى العدل ورعاية الجانبين قال الاكثرون وهو ما نص عليه في
البويطي وحرملة وقال الماوردي انه الاشبه وقيل انه مخرج فعلى هذا تجمع
الاحكام موقوفة ولو مات العبد قبل ادا القيمة لزم المعتق الادا قطعا لكن
ان قلنا السراية حصلت بالاعتاق مات حرا وورثه وارثه وان قلنا بالسبق وقف
الى ادا القيمة فاذا اديت بان ان الامر كذلك ولو مات المعتق قبل ادا القيمة
اخذت من تركته على جميع الاقوال وان اعسر بعد الاعتاق ومات معسرا فعلى
القول الاول الاظهر القيمة في ذمته وعلى القولين الاخيرين لا يعتق نصيب الشريك
ولو اعسر بعد يساره وقف العتق على قول الوقف الى ان يوسر فان ايسر ودفع
القيمة بان نفوذ العتق وكانت الاكساب في زمن الوقف للعبد وان مات
معسرا بان انه مات رقيقا وسلمت الاكساب للشريك الذي لم يعتق قاله الماوردي
وحكى في موضع آخر من الكتاب انه اذا اعسر بعد العتق كان للشريك رفعه الى الحاكم
وطلب القيمة او فسخ الوقف في حصته ويكشف الحاكم عن حاله فان ظهر انه معسر
حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح اذا اعسر الزوج وكان للشريك التصرف
بما شاء من بيع وغيره انتهى وحكى الامام عن الشيخ ابي علي انه اذا اعسر بعد يساره حالة

نوقفنا م

العتق اطلق الحجر عن الشريك في حصته فلو ايسر بعد ذلك فلا اثر له
لانقطاع الطلبة بحلل اعساره فلا يعود حق المعتق بعود المال واستصوب
الامام اطلاق الحجر نظرا بان الاعسار مع ابدا احتمال فيه قلت وحكى الرافعي
روايته عن النص واشار الى احتمال آخر جعله اظهر وهو عود الحق بعود
اليسار قال لان علقة القيمة ثبتت اولا فلبس طرا عليه فقد زال والعلم
عند الله تعالى هذا لفظه وقال في الروضة اذا تعذرت القيمة بافلاس
او هرب قال الشيخ ابو علي والصيدلاني والروياني بقي نصيب الشريك رقيقا
ويرتفع الحجر عنه اذ لا وجه لتعطيل ملكه بلا بدل وفيه احتمال للامام وجعله
الغزالي وجها فقال الصحيح ان اعسار المعتق يرفع الحجر ولو عاد اليسار
قال الشيخ ابو علي لا يعود الحكم وفيه احتمال للامام وسكتا عن ترجيح الامام
له وهو ارجح وفي تجربة الروياني تفريعا على توقف العتق على اداء القيمة ما لفظه
فلو هرب المعتق او افلس فاراد الشريك ان يتصرف في نصيبه بالبيع او الهبة
او العتق نص الشافعي انه لا ينفذ لان الشريك المعتق استحق العتق عليه
وثبوت الولاء باداء القيمة فلا يجوز ابطاله عليه وغلط من قال بخلافه انتهى والتصحيح
في مختصر الجويني وخلاصة الغزالي نفوذ عتقه لنصيبه لتمام ملكه **قال**
واستيلاد احد الشريكين الموسر يسري اي كالعتق وعليه قيمة نصيب
شريكه وحصته من مهر مثل اي على جميع الاقوال **قال** ويجري الاقوال
في وقت حصول السراية فعلى الاول والثالث لا تجب قيمة حصته من الولد
قلت هذا ما اورده في التهذيب وتبعه في المحرر ولا شك انا اذا قلنا انما
يحصل الملك باداء القيمة انه تجب قسط نصيبه من قيمة الولد واما اذا قلنا
يحصل الملك بالعلوق او قلنا بالسن فقد حكى الامام خلافا للاصحاب في انه
تثبت بعد العلوق او قبله ان قلنا بعده وجب نصف قيمة الولد ايضا وقضيته
ما في الوسيط ترجيحه وان قلنا قبله لم يجب وهو ما في التهذيب وربما يظهر مأخذ
في كفارات الظهار في الكلام على قوله اعتق عبدك عني على كذا ان ما اقتضاه
كلام الوسيط هو الراجح **اشارات** وقع في نسخ كتاب الرافعي على كثرتها

من نافل وتبعها في الروضة فقال وان قلنا يحصل بالعلوق او قلنا
بالسن فهل تثبت بعد العتق او قبله وجهان والصواب ان يقال فهل تثبت
بعد العلوق وهو كذلك في الشرح الصغير والنهاية وغيرهما واما قوله بعد
العتق فزلة قلم ○ هل يترتب العتق والاستيلاد ترتيب قبل لا بل هما سواء وقيل
العتق باللفظ اولى بالسراية وقيل الاستيلاد وبه قال الاكثرون فعلى
هذا ولم اره نصا لا فرق بين كون المستولد مطلق التصرف في ماله او محجورا عليه
بسفه او جنون لانه كالاتلاف بخلاف اعتاقهما باللفظ فانه لغو ○ اعلم
انهما والامام وغيرهم عبروا هنا بنصف القيمة في الامة والولد وسبق في
الكلام على سطيه الصداق ان الصواب التعبير بقيمة النصف لا بنصف القيمة
على نزاع فيه واضطراب واوضحناه اتم ايضاح ○ سبق مرات ان الموطوءة لو كانت
بكرا هل تفرد البكارة بارش ام لا وعلى الاول هل يجب مهر بكر وارش البكارة
ام مهر ثيب والارش وبينا ما فيه من اختلاف الترجيح ○ لو كان الشريك المستولد
كافرا فهل يجري الحكم بالسريان عليه باستيلاده ما سبق من الخلاف فيما لو اعتق
نصيبه ام نقطع بالسراية هنا وان لم نقطع بها هناك او نعدمها الاقرب القطع
بالسراية هنا ايضا **فرع** لو كان المستولد معسرا ثبت الاستيلاد
في نصيبه وبقي نصيب الشريك قنا وهل يكون الولد حرا ام يتبعض حريته
فيه وجهان او قولان ذكرا في السيران اصحهما الاول ويكون عليه قيمة حصة
الشريك من الولد هكذا اطلقاه من غير بناء على شيء **قال** ولا يسري
تدبير اي على المشهور وقيل الصحيح لانه لا يمنع البيع فلا يقتضي السراية كما لو علق عتق
نصيبه بصفة وايضا فالتدبير اما وصية للعبد بالعتق او تعليق عتق بصفة
وكل واحد منهما بعيد عن السراية وعلى هذا لو مات المدبر وعتق نصيبه لم يسر
الى نصيب الشريك ايضا لان الميت معسر بخلاف ما لو علق عتق حصته بصفة
ووجدت الصفة وهو موسر يعتق نصيبه ويسري والثاني يسري التدبير ويقوم
عليه نصيب الشريك لان التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاد
ومن نصر المذهب المنصوص قال الاستيلاد كالاتلاف لانه يمنع البيع والسبيل الى

رفعه بخلاف التدبير واذا دبر بعض عبده الخالص صح ولا سراية على
ظاهر المذهب ومن سرى الى نصيب الشريك فالسراية عنده هنا اولى **قال**
وكذا يمنع السراية دين مستغرق على الاظهر **قلت** ويقال الاصح
وبنوهما على ان الدين هل يمنع الزكاة والاظهر لا ايضا لانه مالك لما في يده
نافذ التصرف فيه ولهذا لو اشترى به عبدا نفذ والثاني يمنع السراية لانه
غير موسر فعلى الاظهر يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء فان اصابه
بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه فذاك والا اقتصر على حصته ويعتق جميع
العبد اذا حكمنا بالسراية بنفس الاعتاق قاله في الروضة تبعا للشيخ سقته
بالشرح وان قلنا لا يحصل بنفس الاعتاق ضارب الشريك بقيمة باقيه
الا ان يعتق الجميع وبعده من شرح المنهاج وهو كلام لا يهتدى اليه والصواب
ما في النسخ المعتمدة بالشرح وان قلنا لا يحصل بنفس الاعتاق فيعتق من
نصيبه بقدر حصته اي التي حصلت له من المضاربة ويبقى الباقي رقيقا فان
حدث بعد ذلك مال لم يقوم عليه لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الاعتاق
ضارب الشريك بقيمة الباقي الا ان يعتق الجميع انتهى **قال** ولو قال
لشريكه الموسر اعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبي فانكر صدق بيمينه فلا يعتق
نصيبه **اي** لان الاصل عدم عتقه فان نكل وحلف المدعي يمين الرد
استحق قيمة نصيبه بيمينه وقيل يعتق بهذه اليمين نصيب المدعى عليه وزيف
قال تبعا للامام لان الدعوى انما توجهت عليه بسبب القيمة والا فلا معنى
للدعوى على انسان انه اعتق عبده وانما هذه وظيفة العبد لكن لو شهد اخر مع هذا
المدعي يثبت العتق بشهادة الحسبة **قلت** وهنا كلامان الاول
قوله لا معنى للدعوى فيه نظر ودعوى الحسبة في حقوق الله غير الحدود حسبة
مسموعة كالشهادة بها وقوله وانما هذه وظيفة العبد قد يجاب عنه بانه قد يكون
طفلا او مجنونا او ابكم لا يفهم وقول الامام ان الدعوى على الانسان باعتاق
ملكه مردودة لا تسمع ولا معنى لها لا احسبه من محال الوفاق الثاني قبول
شهادة المدعي حسبة ان كانت بعد الدعوى فممنوع قطعا وان كانت قبلها والظاهر

انه

انه مراد الامام فيحتمل وقال الدارمي رحمه الله ان قال لشريكه اعتقت
نصيبك فان كان المدعى عليه معسرا فلا خصومة بينهما فان كان معه اخر قبلا عليه
وان كان موسرا فاقام بينة قومت حصته عليه وصرح من بعد انه اذا كان
موسرا لا تقبل شهادة الشريك ولا شك فيه وقد قال الامام بعد هذا الموضع وتبعه
الشيخان وغيرهما اذا شهد اثنان من الشركاء على الثالث بانه اعتق نصيبه وكانا
موسرين فالمذهب رد شهادتهما والتفريع على تعجيل السراية لان موجبها ان نغرم
الشريك لهما قيمة نصيبهما وهما متهمان لانفسهما استحقاقا وذكر الشيخ ابو علي
وجها بعيدا ان عتق الثالث يثبت في نصيبه ولكنا لا نلزمه قيمة نصيب الشاهدين
فنقبل الشهادة في العتق ونردها في مكان التهمة وهذا ليس بشيء فان الشهادة
اذا كان وضعها افضا التهمة فينبغي ان نردها ان رددنا شهادتهما على ظاهر
المذهب فالعتق نافذ في نصيبهما مواخذة بالاقرار وان قلنا العتق لا تتعجل
سرايته قبل غرامة القيمة فحينئذ لا يعتق نصيبهما ولكن المذهب الظاهر انه يمتنع
عليهما التصرف في نصيبهما بموجب اقرارهما هذا لفظ النهاية وما جعله ظاهر
المذهب لم يذكر الشيخان سواه وقال الرافعي انه الاظهر وبه اجاب ابن الحداد
انتهى وقضية اطلاقهم انه لا فرق في الحكم ببطلان شهادتهما بين ان يؤدياها
حسبة قبل الدعوى او بعدها فان صح هذا كان ما اجاب به الامام ومن تبعه
في شهادة احد الشريكين جوابا منهم على الوجه المزيف القائل بقبولها بالنسبة
الى الحكم بالعتق دون الغرم فتامله **قال** ويعتق نصيب المدعي باقراره
ان قلنا يسري بالاعتاق اذا حلف المدعى عليه او نكل وحلف المدعي عتق نصيبه
لاعترافه بسراية الاعتاق اليه بناء على المذهب كما اشار اليه **قال** ولا
يسري الى نصيب المنكر اي وان ايسر المدعي لانه لم ينشئ عتقا فاشبه ما لو
ادعى على رجل انك اشتريت نصيبي واعتقته فانكر يعتق نصيب المدعي ولا يسري
وان فرعنا على القولين الاخيرين لم يعتق منا العبد شيء قال ابن الرفعة وهل ينفذ
تصرف المنفرد في حصته بالبيع والعتق وغيرهما فيه وجهان في الحاوي انتهى والمطلب
وابنيه فيه ~~ذكرهما على قول توقف العتق على الاداء وكذا نقلهما الامام~~ وغيره واقتضى

كلام الامام السابق ان المذهب الظاهر امتناع تصرفه فيه عملا بموجب اقراره
قال الماوردي فلو عاد المنكر واعترف بالعتق بعد جحوده عتق عليه وكانت سرايته
عتقه الى نصيب الشريك على الاقاويل الثلاثة **فرع** قال ولو ان كان
المدعى عليه معسرا وانكر وحلف لم تعتق شيء من العبد فان اشترى المدعي
نصفه بعد ذلك عتق ما اشتراه لاعترافه بحريته ولا يسري الى الباقي انتهى وفي صورة
الفرع اشكال فانه ان علم اعساره فلا دعوى عليه ولا تحليف وان زعم المدعي
يساره كما صوره الغزالي وغيره به المسئلة واقتضاه قولهما في صورة الشراء لاعترافه
بحريته فيجب انه يعتق عليه نصيبه على قول التعجيل عملا بمقتضى اقراره ولو
كان المدعى عليه معسرا وان لم يحر لليسار والاعسار ذكر بعضهم دعواه وتحليفه
انه موسر يلزمه قيمة نصيبه ايضا بل الظاهر انه لا بد في الدعوى من التعرض
ليساره مدعى وسبق قول الدارمي انه اذا قال لشريكه اعتقت نصيبك فان
كان المدعى عليه معسرا فلا خصومة بينهما ثم قال آخر المسئلة ولو اقر بعتق حصته
واختلفا في يسار عتق نصيب المعتق وحلف بري وان نكل حلف المدعي واخذ
وهل يعتق حصة المدعي قبل اخذ القيمة على القولين فان قال المعتق كنت موسرا
وقال شريكه كنت معسرا تحقق باق حلف مدعي الاعسار دون حقه فان نكل
قال الشيخ رحمه الله فعندي لا يحلف الشريك لانه لا يدعي شيا ولكن يحلف
العبد وان كان يعلم هو يسار حلف مدعي اليسار وكذلك في الاولى انتهى وكانه
سقط من كلامه شي **قال** ولو قال لشريكه ان اعتقت نصيبك فنصيبي
حر بعد نصيبك فاعتق الشريك اي المقول له نصيبه وهو موسر عتق نصيب الاول في
ان قلنا السراية باعتاق وعليه قيمته اي قيمة نصيب المعلق قال الامام بالاتفاق
لان السراية اقوى من العتق بالتعليق لانها قهرية تابعة لعتق النصيب لا مدفع
لها وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه **تنبيهان** لو اقتصر على قوله
فنصيبي حر او فجميع العبد حر كان الحكم كما لو قال بعد نصيبك او بعد عتق نصيبك
وقوله ان قلنا السراية بالاعتاق يفهم اختصاص الحكم المذكور بهذا القول وقد
قال ان قلنا الحكم بالسين فكذلك الحكم اذا ادت القيمة وان قلنا بالاداء

فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان مبنيان على انه اذا اعتق احدهما
نصيبه هل ينفذ اعتاق الآخر قبل اداء القيمة تفريعا على هذا القول ان قلنا نعم
عتق نصيب المعلق عنه والا فعن المقول له اذا ادى القيمة ٥ واحترز بقوله
وهو موسر عما لو كان المقول له معسرا فان نصيب كل واحد منهما يعتق عن نفسه **قال**
فلو قال فنصيبي حر قبله اي قبل عتقك نصيبك فاعتق الشريك اي المقول له نصيبه
فان كان المعلق عتق نصيب كل عنه والولا لهما اي بلا خلاف وكذلك الحكم لو كانا
معسرين فيعتق نصيب المنجز عن نفسه قبل ذلك بموجب التعليق ولا سراية وان كان
المقول له موسرا **قال** ولو كان اي المعلق موسرا وابطلنا الدور اي اللفظي
وهو الاصح فالحكم كما مر ولا شي لاحدهما على الآخر كما لو قال مع نصيبك **قال**
والا اي وان لم يبطل الدور اللفظي فلا يعتق شي لانه لو نفذ عتق المخاطب في نصيبه
لعتق نصيب القائل قبله ولو عتق لسرى ولو سرى لبطل عتقه فيلزم من نفوذه
عدم نفوذه وعلى هذا لو قال السيد لعبده مهما اعتقتك فانت حر قبله لم يمكن اعتاقه
كما سبق نظيره في الطلاق ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الاعتاق
عليهما ولو قال لصاحبه مهما بعت نصيبك فنصيبي حر قبله لم ينفذ البيع قال الامام
والغزالي والرافعي والمستبعدون بصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه
اولى بالاستبعاد هنا لتضمنه الحجر على الغير في ملكه قال الامام ويمثل هذا السير
المنصف ببطلان المصير الى الدور اللفظي **فرع** تفرض من اقسام المسئلة ما لو قال
فنصيبي حر مع عتق نصيبك في حال عتق نصيبك وقلنا بحصول السراية بالاعتاق
عتق نصيب كل واحد عن نفسه على الاصح ونسبه الروياني الى عامة الاصحاب
وقال القفال واختاره الشيخ ابو علي يعتق جميعه على المقول له **قال** ولو كان
عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فاعتق الآخران نصيبهما معا اي وهما
موسران فالقيمة عليهما نصفان على المذهب لا خلاف ان القيمة عليهما وانما النظر
في كيفية التوزيع قال الرافعي اظهرها باتفاق طرف الاصحاب الا الامام اي ومن
تبعه انها عليهما بالسوية وشبه ذلك بغرم الجناة او بش الجراحات وضعفه الامام
والغزالي وفرقا بان الجراحات لها غور وضبطها غير ممكن فلذلك رجعنا الى عدد الرؤس

بخلاف مسئلتنا كالشفعة والطريق الثاني فيه قولان ومدركهما ان الاخذ
بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة وهذا سبيله سبيل ضمان المتلفات كالجراح
وقال القاضي الحسين يحتمل ان يقال ان قلنا ان السراية تحصل بنفس العتق
فهي على الروس والا فقولان كالشفعة ولو كان احد الشريكين موسرا فقط ففي
موضع من تعليق القاضي الحسين انه يعتق عليه بالسراية ما كان عتقه لو كانا
موسرين ثم قال ويحتمل ان يقال يقوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر
انتهى وهذا ما في الحاوي والشامل والتهذيب والرافعي وغيرها وقال القاضي
الحسين في موضع آخر من تعليقه انه لا خلاف فيه **تنبيهان** قوله فاعتق
الآخران عبارة المحرر والروضة فاعتق اثنان منهم نصيبهما وهي اعم واحسن
لبعدها عن ايهام اختلاف الحكم لو اختلف التصوير ٥ الثاني ان المعية تحصل بقولهما
معا وبتعليقهما على شرط واحد فيوجد وبتوكيلهما لواحد فيعتق نصيبهما دفعة
واحدة وسبق في تعقيب عقد الشاطين كلام في نكاح المشرك هل يأتي مثله هنا
فيه نظر ٥ لو اعتق احدهم نصيبه وهو موسر بربع نصيب شريكيه فان ابن ثبعض
قيمة الباقي قوم عليه نسبته المفقد وعليه من نصيب كل واحد منهما هكذا جزم به
الرافعي **فـــروع** اوردها الدارمي ان قال جزء منك حر فان اراد
من جميعه او من حصته عتق جميعه وقوم عليه ان كان موسرا وان عين من حصة صاحبه
لم يقع شي قلت وهذا في الباطن صحيح واما في الظاهر ففي قبوله فيه نظر ٥
ان قال احدهما لصاحبه اعتق نصيبي عني فقال انت حر فان نوى عن نفسه كان حرا
ان كان موسرا او قوم عليه والا رق حق شريكه وان نوى عن شريكه جميعه او نصفه
عتق عليهما وهل يقوم على الوكيل حصة الموكل على وجهين وقوله عتق عليهما الى آخره
كلام مظلم ويشبه ان يقال ان صدقه الموكل عتق عليه وسرى وان كذبه فوجهان
والظاهر انه حصل خلل من ناقله ٥ ان قال لاحدهما قد وكلني شريكك بعتق
نصيبه فقال وانا ايضا فاعتق جميعه ثم بان كذبه عتق ولزم تصحيح الوكالة
فيه حصة شريكه وهل يرجع بها على الكاذب مجاز وجهين قلت وصحيح
الوكالة القابل وانا وتوجه رجوعه تضمين الغار ٥ اذا كان له مال غايب قوم

عليه فان لم يصل فهل يعتق على قولين ثانيهما يعتق ويكون في ذمته قلت
وهو الاظهر اذا قلنا السراية بنفس اللفظ وكان المال باقيا عند العتق يمكن
الوصول اليه اما لو لم يكن كذلك ففيه نظر وان بان تلفه قبل العتق فسد
والله اعلم **قال** وشرط السراية اعتاقه باختياره اي ومن شروطها ايضا
هذا فلو اعتق نصيبه مكرها فلا عتق ولا سراية ولو اكره على عتق بعض نصيبه
فاعتق جميعه مختار ولو اكره على جميعه فاعتق بعضه فيشبه ان يجي فيه ما قيل فيما لو
اكره على الطلاق الثلاث فوحد وفيه وقفة **قال** فلو ورث بعض
ولده لم يسر ٥ لان التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ولم يوجد منه صنيع وقصد
اتلاف وعبارة المحرر اما اذا ورث نصف قريبه وعتق عليه لم يسر فاذا نقر به
الاصول والفروع وعدل الشيخ عنها الى الولد ليلا يتوهم دخول الحواشي واما
قوله وعتق عليه فكانه احترز به عما لو ورثه مرهونا ولا شي للمورث فانه لا يعتق عليه
واذا لم يعتق عليه وبيع في الدين فلا سراية نعم لو تكلف الوارث وادى الدين
عتق ما ورثه وسرى عليه بشرطه ولو ابرا المرتهن الميت من دينه انفك الرهن ولا سراية
فيما احسب **تنبيهات** من صور الاختيار الشرى وقبول الهبة والوصية
ولو ملكه بما يتضمن حصول الملك ولا يقصد به التملك غالبا كما لو اشترى مكاتبه شقصا
ممن يعتق عليه ثم عجز السيد فصار الشقص له وعتق عليه فوجهان احدهما
يسري لاختياره وتسببه الى الملك بفسخ الكتابة قال الرافعي واشبههما لا وحكي
عن ابن الحداد لانه انما قصد التعجيز وحصل الملك ضمنا وان عجز المكاتب نفسه لم يسر
قطعا قال ولو باع شقصا ممن يعتق على وارثه كما لو باع ابن اخيه بثوب ومات
وورثه اخوه ثم رد الثوب بعيب واسترد الشقص وعتق عليه ففي السراية الوجهان
هكذا في النسخ المعتمدة وفي نسخ وجهان بلا تعريف ومنها اختصرت الروضة وزاد
قلت الاصح هنا السراية وليس بجيد لما سياتي في كلامه انه لو اوصى لزيد ببعض ابن
اخيه فمات وقبل الاخ الوصية عتق الشقص ولا سراية على الاصح ثم ذكر صورة رد الثوب
هذه وان السراية فيها على الخلاف **اشادة** قد يورد على اطلاق اعتبار
الاختيار ما لو اوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية اخوه فالو اعتق الشقص

على الميت وسرى الى الباقي ان وفى به الثلث ونزل قبول وارثه منزلة قبوله
فهذا السريان لا يصح للميت فيه ولا اختيار وسياتي نحوه على خلاف فيه واضطراب
قال والمريض اى مرض الموت معسر الا في ثلث ماله اي فاذا اعتق
شريكه نصيبه ولم يخرج من الثلث الا قدر نصيبه فلا سراية في الباقي هذا هو المشهور
المنصوص وقال الدارمي من بعد نقله عن النص وحكى ابن القطان عن بعضهم
من الجميع السراية ومن الثلث المباشر فان حمل الثلث ما اعتقه حسب فذاك
وان عجز نقص منه وان زاد عتق بالسراية وقوم انتهى وقوله من الجميع يعني
من راس المال لان السراية قهرية بخلاف المباشر قال والميت معسر
اذ لا ملك له بعد موته فان اوصى بعتق نصيبه لم يسر اي وان خرج جميع العبد من
الثلث لان المال ينتقل بالموت الى الوارث ويبقى الميت معسرا ولا تقويم على معسر
بل لو كان العبد له فاوصى باعتاق نصفه لم يسر وان اوصى بالتكميل فقد سبق
بيانه والمختار عدم السراية انتهى وانما الواجب انفاذ الوصية بالشرى ان امكن كما
سبق بيانه فائدة في اعجاز الجيلي فان قيل في اي موضع يعتق عليه نصيبه
وهو موسر ولا يسري قلت في اثنا عشر موضعا اذا ورثه ○ اذا قال ان كان
هذا الطائر غرابا فنصيبي حر وعاكسه شريكه ○ اذا قال لشريكه ان اعتقت نصيبك
فنصيبي حر مع عتق نصيبك ○ اذا وكلاه وكيلا فاعتقه عنهما دفعة واحدة ○
اذا اوصى له بشقص ممن يعتق عليه ثم مات معسرا فقبله وارثه عتق ولا تقويم ○ اذا قال
للشريك ان مت فنصيبي حر ثم ذكر صورتي ما اذا اوصى له بابن اخيه وما اذا باع
بعض من يعتق على وارثه بثوب ○ اذا اشترى المكاتب ابن مولاه ثم عجز بعد عتق
ولم يسر وان عجز السيد فوجهان اذا ورث جاريتان بابن احدهما فولدت
عتق نصيب جد الطفل عليه ولم يسر وان عزمها فوجهان انتهى قال
فصل اذا ملك اهل تبرع اصله او فرعه عتق ○ اراد بالاصل كل
اصل وان علا وبالفرع كل فرع وان سفل سواء الذكور والاناث والوارث
منهم وغيره والموافق في الدين وغيره اما في الاصول فلقوله صلى الله عليه وسلم
لا يجزي ولد والدا الا في رواية والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه مسلم

وقوله

١٨٤

وقوله فيعتقه اى بالشرى قال ابن الرفعة وهذه الرواية محمولة على
رواية فيعتق ولما في الفروع فلقوله سبحانه وتعالى وقالوا اتخذ الرحمن ولدا
سبحانه وقوله وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا الاية فدل على امتناع اجتماع
البنوة والملك وقال ابن سراقة استدل من قال لا يعتق عليه الا من بينه
وبينه بعضية بان الله سمى اولاد الرجل باسم نفسه فقال قوا انفسكم واهليكم
نارا وقال كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم يعني اولادكم
وقال ليس عليكم جناح ان تاكلوا من بيوتكم يعني بيوت اولادكم لان الولد
بضعة من والده انتهى تنبيهات احدها قوله اهل تبرع يفهم ان
غيره اذا ملك من ذكرناه من اصوله او فروعه لا يعتق عليه وليس ذلك على اطلاقه
وغلط من قال احترز به عن الصبي والمجنون بل متى دخل اصل او فرع الصبي او المجنون اوم
او محجور عليه بسفه في ملكه ولا مانع من عتقه عتق عليه كما اقتضاه كلامه
من بعد فيصح ان يكون احترز عن المكاتب وعن بعض المرضى في بعض الصور كما
سياتي ولا خفاء انه لو ورث قريبه مرهونا او جانيا في رقبته وعلى الميت دين كان ح
مستغرق او كان في مال قريبه المحجور عليه بالفلس فمات الاقرب انه لا يعتق
على الوارث وان كان موسرا اذ لا يلزمه وفاء دين مورثه وكان الاحسن ان
يطلق بان من ملك اصلا او فرعا عتق عليه كما صنع في المحرر والروضة
ثم يذكر ما يخرج عن ذلك كما فعلا فانه اسلم من الاعتراض وابعد من الابهام
ثانيها لا اثر هنا لابوة الرضاع وولادتها حكى فيه الاجماع وفي
الولد المنفي باللعان وجهان والظاهر المنع فان استلحقه بعد وهو في ملكه
عتق عليه لا محالة ولا خلاف عندنا ان غير الاصول والفروع لا يعتقون بالملك
وحديث سمرة في السنن الاربعة من ملك ذا رحم محرم فهو حر تمسك الخصوم واجيب
عنه بوجوه منها ان الحسن لم يسمع من سمرة وليس بحجة بل صح سماعه منه ومنها قال
النسائي انه حديث منكر وقال انه خطا عند اهل الحديث وقال البيهقي وهم فيه
راويه ومنها ان حقيقة الرحم الاختصاص بالولادة وفي غيرها مجاز فحملناه على
حقيقته لو صح ومنها لو سلم الشمول فنخصه بالقياس وهو ان كل قريب لا يرد

الشهادة له فلا يعتق بالملك كبنى الاعمام ثالثها المعروف عندنا ما قدمناه
وراثت في كتاب كشف اصول الفرايض لابن سراقة العامري من ائمتنا في باب
من يعتق على المرا اذا ملكه اختلف في ذلك على خمسة مذاهب فذهب داود واهل
الظاهر الى انه لا يعتق على المرا احد الا ان يباشر عتقه باختياره وقال آخرون لا
يعتق عليه الا ذا رحم محرم وهو قول عمر وابن مسعود وبه قال عطا والشعبي والثوري
والحسن ابن صالح واهل العراق فقال ومعنى ذي الرحم محرم هو كل من انتسب اليك او
انتسبت اليه او انتسب اليك او الى ابيك دون ابايهم وامهاتهم فهو ذو رحم
محرم وقال الشافعي معنى ذوا الرحم المحرم كل من حرم بينهما المناكحة من جهة النسب
فهو ذو رحم محرم وقال ابن سريج كل من لو كان صغيرا لزمك حضانته او كنت صغيرا
لزمه حضانتك من الذكور والاناث فهو ذو رحم محرم وهذه الثلاثة اوجه ترجع
الى معنى واحد في الحكم وقال آخرون لا يعتق على المرا احد الا من بينه وبينه بعضية
وهم الوالدون وان علوا والمولودون وان سفلوا وقال مالك يعتق عليه هولا
والاخوة دون اخواتهم انتهى بلفظه وسياقه واستدلاله ظاهر في ان المذهب ما
رواه عن الشافعي من تفسير الحديث وان المذهب المعروف مقالة العلما من خارج
وان ابن سريج ذهب الى اعتبار ذلك بالحضانة وما ادري من هذا له فان امكن
تاويل كلامه بان الشافعي اراد بذلك تفسير من هو ذو رحم محرم وكذلك ابن سريج لا من يعتق
على المرا اذا ملكه والا فاقض برده وشذوذه رابعها انه لا يحكم بنفوذ العتق
قال ابو اسحق مع دخوله في ملكه وقال الامام بل يترتب على الملك واغرب الغزالي في
البسيط حيث قال في مسئلة ما اذا زوج جاريته بابن احدهما فاتت منه بولد فانه
يعتق نصفه على جده ولا يسري لانه لم يحصل باختياره ومنهم من علل بانه ينعقد
نصفه حرا وانما يسري عتق طارئ قال الشيخ ابو علي هذا فاسد بل الصحيح انه لا ينعقد
ويقال نصفه يعتق ولذلك يجب الغرم على المغرور قال الغزالي وعندي انه ينعقد حرا
اذ لو دق لما زال الملك ولبقي وكذا او كذا من يشتري قريبه لا اقول يدخل في ملكه
ثم يزول بل يدفع الملك اذا جرى موجب الملك او قارنه دافع فالدفع والاندفاع
في حكم الانقطاع ولذلك وجب العوض ولهذا غور ذكرته في تحصين المأخذ في

ملة

مسئلة شركة الاب فليطلب منه انتهى خامسها اذا اوصى له ببعض من
يعتق على وارثه كابن اخيه فمات وقبل الاخ الوصية عتق الشقص ولا
سراية على الاصح ويجري الخلاف فيما اذا باع ابن اخيه بثوب ومات وورثه
الاخ المسئلة وقد قدمناها بما فيها وسبق انه لو اشترى مطلق التصرف بعض
قريبه سرى بخلاف ما لو ورثه قالا في الروضة والترجيح وشرى الوكيل وقبوله
الهبة والوصية كشراه وقبوله لصدوره عن الاختيار وكذا قبول نايبه شرعا
حتى لو اوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية عتق الشقص على الميت وسرى
الى الباقي ان وفى به الثلث وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته انتهى وهذا
كله بنا على الاصح وهو صحة قبول الوارث هنا وانه اذا قبل الموصى له بان انه ملك
بالموت لا بالقبول بمجرده وعلى هذا ففي هذه السراية نظر وقد ابدى الامام
فيها ههنا احتمالا لان العتق حصل بغير اختياره وذكر في الوسيط انه لو كان
وارث الموصى له اثنان فقبل احدهما ورد الثاني ان الذي ذكره الاصحاب
ان القدر الذي قبله يعتق على الميت ثم ان كان نصيب القابل من التركة التي
في يده يفي بالسراية سرى ويكون العتق عن الميت ابتدا وسراية والولا له
وورث الابن القابل وكذا الراد على الاصح وان لم يكن في يده من التركة شي فلا
يسري وجواب الشيخ ابي علي انه لا يسري في الصورة الاولى ايضا فانه لو سرى
لسرى على الميت والعتق لا يسري على الميت لان حكمه حكم المعسر قال الامام
ولا وجه الا ما ذكره الشيخ وما سواه غلط في القياس قال ابن الرفعة وفيما
قاله نظر الا ان يفرع على قول الوقف فان قبل الوارث بينا حصول العتق عند موت
الموصي وذلك في حياة الموصى له فاذا اسرينا العتق لم يسر على ميت بل على
حي انتهى وفي البسيط قال الامام قول ابي علي هو الصحيح والآخر غلط في القياس
قال الغزالي وعندي ان ما ذكره الاصحاب لا يخلو عن غور في القياس لسنا نطول
بذكره فيتأمله الناظر انتهى وحكى الرافعي هنا القول بالسراية عن ابن الحداد
وآخرين وان الشيخ ابا علي قال لعله ان لا يقوم على الميت لمعنيين احدهما حصول
الملك بغير اختياره لمن ورث بعض من يعتق عليه لا يقوم والثاني ان العتق يحصل

بعد موته ولا مال له حينئذ قال وقد رايت هذا لبعض الاصحاب قال
الرافعي وللاولين ان يقولوا انما حكمنا بالعتق على الميت لجعلنا الوارث
نايبا عنه فكيف يصير اجنبيان مع النيابة لكنهما حكميان واما الثاني فلا
نسلم ان العتق يحصل بعد الموت بل يستند الى قبيل الموت كما سبق وهذا
ما اشار اليه ابن الرفعة والقلب الى ما نقله ابو علي واختاره وصححه الامام
اميل ويلزم من تقدير ما ذكر من الاسناد الى حالة موت الموصي ان يعتبر
يسار الموصى له واطلاق تصرفه عند موت الموصي فان ذلك وقت السراية
وان يعتبر فيه الشخص المقوم ذلك الوقت واعتباره يحوج الى تفصيل
يطول ذكره فتامله واما مسالة شرى الوكيل وقبوله الهبة والوصية لموكله
فان الفرض فيما اذا علم الموكل بان الشخص ممن يعتق عليه فواضح وان كان
مع جهله بالحال او ظنه انه اجنبي ففيه نظر لكن يعلم انه لو باشر ذلك بنفسه
جاهلا بالحال او ظانا عدم القرابة فالظاهر انه لا اثر له في العتق عليه
والسراية لشرطه قال ولا يشتري لطفل اي ومجنون وسفيه من هو
اي الذي يعتق عليه فان فعل فالشرى باطل لاضراره بالمولى عليه وكان الاحسن
ان يقول كالبهجة لمولى عليه ليدخل المجنون والسفيه والمولى عليه بفتح الميم وتشديد
الياء على مثال مقضي عليه قاله ابن الصلاح والمصنف في الفقها بحروفه قال
ولو وهب له او اوصي له اي بمن يعتق عليه فان كان كاسبا اي ما يفي بمونته فعلى
الولي قبوله ويعتق وينفق من كسبه اذ لا ضرر على المولى عليه وحصول الكمال للاصل
او الفرع ولا نظر الى احتمال توقع وجوب النفقة من بعد لعجز نظرا الى ان المنفعة
محققة والضرر مشكوك فيه والاصل عدمه تنبيهان قيد بكونه كاسبا
لكن اذا لم يوجب نفقة غير الكاسب كما سياتي في النفقات من الاولاد الكبار
والمجنون والسفيه فالظاهر انه لا يشترط كونه كاسبا وقد يقال فيه خطر اذ قد
يرفع الامر الى حاكم يرى وجوب نفقتهم فيحكم بها فيتضرر المحجور وكذا لا اشتراط الكسب
اذا كان ثم من هو اولى بايجاب النفقة لقريبه من المحجور عليه ولو قال فان كان
لا يلزمه نفقته لخرج ما ذكرناه وقوله فعلى الولي قبوله هو قضية

كلام الجمهور وظاهر النص وصرح به جماعة وحكى الامام والغزالي في
الوجوب ترددا وقطعا بالجواز وسبق في كتاب الهبة في ايجاب قبول الهبة
على الولي كلام وقلنا على تقدير الوجوب ينبغي ان يستثنى قبول القاضي الهبة
لولده لئلا يجعل طريقا الى رشوة قضاه السوء واذا لم يقبل الولي هنا
وهو من عدا الحاكم من اب او جد او وصي او قيم حاكم قبل الحاكم فان لم يفعل
قال الروياني وغيره فللصبي بعد بلوغه القبول قال الرافعي ولبكن هذا
في الوصية اي لان قبول الهبة فوري قلت وفيما اذا كان ترك
الحاكم القبول عن نظر واجتهاد نظر فان يرى القريب متوقع العجز عن قرب
او ان حرفته كثير الكساد او ان ثم حالا يرى الزام الطفل وغيره الانفاق
ولا يكلف الا بالكسب ونحو ذلك فاداه نظره الصحيح الى ان الاحوط للمولى
عليه عدم القبول فتركه واما تخصيص الرافعي بحثا قبول الحاكم بالوصية دون
قبول
الهبة فظاهر لما اشرت اليه لكن الدارمي صور المسالة في الهبة وعطم قال ومتى
قلنا تقبل فلم يقبل قبل السلطان فان لم يفعل قبل لم ينتقل الملك حتى تقبل
وقبل ينتقل ويعتق انتهى وهذا عجيب غريب قال والا اي وان لم
يكن كاسبا ما يفي بمونته واوجبنا الانفاق على المولى عليه كما اشرنا اليه فان كان
الصبي اي ونحوه معسرا وجب القبول اي على المذهب لحصول الكمال للقريب والثواب
بلا ضرر وقيل فيه وجهان واعلم ان قوله فان كان كاسبا وان لم يكن كاسبا تبع
تجب م
فيها المحرر وعبارة الروضة والشرح وان كان القريب بحيث تجب نفقته الى ان
قال وان كان بحيث لا يجب وهي احسن واصح قال وينفقه في بيت المال
وهذا في المسلم لانه من محاويج المسلمين اما لو كان كافرا فلا حق له في بيت المال
وفي اللقيط الكافر ونحو نزاع للبغوي وغيره وقضيته الاتفاق على ان بيت المال
فان فقد او منع فعلى اهل دينه على حسب اجتهاد الحاكم قال او موسرا حرم
اي القبول لانه يوجب النفقة عليه لانه يعتق عليه ويطالب بنفقته وفيه
اضرار به فلا يصح وحكى الدارمي والماوردي والروياني وجها انه يجب القبول
وقال الصيمري في شرح الكفاية لو اوصي لمحجور عليه بصغر او جنون او سفه باسه

باسه او جده لزم وليه ان تقبل ذلك عنه فاذا قبله عتق عليه زمنا كان الاب
او غير زمن محتاجا الى النفقة او غير محتاج هذا مذهب الشافعي ولكن لو اوصى
له بشقص من ابيه فان كان الموصى له معسرا فقبل وليه الوصية عتق ولا تقويم
وان كان موسرا ففيها قولان قد ذكر القولين الاسنوي هذا لفظه والظاهر
ان هذه طريقة البصريين من اصحابنا **تنبيهان** لا خفاء ان موضع
تحريم القبول للمحجور الموسر اذا لزمته النفقة اما لو كانت تجب على غيره كما لو وهب
له جده وللجد ابن موسر او كان ابو الطفل حرا موسرا وهو ابن الجد فانه يجب على الولي
القبول لوجوب النفقة على الغير قد مناه نحوه في قوله وان لم يكن كاسبا والعبارة
الكاملة السالمة ان يقال ولو وهب لمولى عليه من يعتق عليه ويلزمه نفقته
في الحال لم يجز للولي القبول والا وجب على المذهب ○ ما سبق فيما اذا وهب
للمولى عليه او اوصى بجميع من يعتق عليه اما لو كانت الهبة او الوصية ببعضها
فان كان المولى عليه معسرا وجب على الولي قبول الشقص على المذهب كما سبق
وان كان موسرا ازداد النظر بغرامة السراية وان لم تجب النفقة وفيه قولان
اظهرهما في الروضة والشرحين المنع لانه لو قبل لعتق عليه واذا عتق سرى وقوم
عليه وفيه اضرار به وثانيهما يقبله ويعتق عليه ولا يسري لكي لا يتضرر وايضا
فانه لا اختيار له في حصول الملك وهذا ما صححه الشيخ في تصحيح التنبيه وعلله المأوردي
بانه بالحجر عليه كالمعسر ثم قال فان قيل اذا لم يقوم عليه الباقي لهذا المعنى فلم منع
الولي من القبول في القول الاول قيل لان المنع من التقويم اجتهاد قد يرى
بعض الحكام خلافه فيقوم فصار القبول معرضا لدخول الضرر انتهى وهذا منه
يشعر بانه على القول الاول لا يقوم ايضا وقد علل المنع فيه بان قبوله موجب لتقويم
باقيه على الولد فتأمله والعبارة الواضحة عن القولين ان يقال وان كان
المولى عليه موسرا او كان القريب بحيث لا تجب النفقة عليه ففيه قولان اظهرهما لا
يجوز القبول وثانيهما يلزم القبول وعبارة الشامل وان كانت النفقة لا تجب
عليه قبوله ليس على القولين في وجوب تقويم الباقي عليه قال ابن الرفعة وفي الجيلي
حكاية قول ثالث انه يقبل ولا يسري لان قبول الناظر كقبول البالغ انتهى ○ قال

الرافعي وفي تعليقة الشيخ ابي حامد ان بعض الاصحاب قطع بانه ليس
له ان يقبل وجعل القولين في انه اذا قبل هل يصح **قلت** ولم ار
هذه الطريقة في كتب اتباعه واتباعهم كمجموع المحاملي ومقنعه والحاوي والشافي
والشامل والبيان والله اعلم **فرعان من الحاوي** احدهما لا يصح
من محجور عليه بسفه تملك بعض من يعتق عليه بمعاوضة ويصح ان يملكه بالهبة
والوصية ويعتق عليه ما ملكه منه وفي تقويم باقيه عليه ان كان موسرا به وجهان
وجه المنع انه بالحجر كالمعسر والثاني يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع بالنفقات
ثانيهما اذا وهب لمطلق التصرف من يعتق عليه فان قلنا الهبة تقتضي
المكافأة لم يلزمه قبولها والا فوجهان احدهما يلزمه القبول ليعتق عليه من
هو مأخوذ بحقه فعلى هذا لو قال السيد لعبده اشتر ان شئت فعليه ان
يشتري ليعتق بالمشيئة والثاني لا يلزمه القبول لما يتعلق عليه به من حقوق
لا يلزمه قبل القبول فعلى هذا لا يلزم العبد ان يشتري نفسه واذا اوصى له بمن
يعتق عليه ففي وجوب قبولها الوجهان انتهى والمفهوم من كلام الجمهور انه لا يلزمه
القبول وقال في البيان يستحب له ان يقبل ولا يجب عليه ذلك وهو قول كافة
العلماء وقال بعض الناس يجب عليه القبول لتخليصه من ذل الرق ودليلنا
انه اختلاف ملك فلم يجب قبوله كما لو اوصى له بغير ابيه اي او وهب له كما اقتضاه
اول كلامه وكلامه يشعر بتخصيص ذلك بالاصل ولا شك ان الام في معنى الاب
واولى ويقرب الوجوب اذا لم يلزمه بذلك مؤنة في الحال ولا سيما اذا كان القريب
ملحودا مضطهدا وكذا القول في الولد الامرد يوصى له به او يوهب منه ولو لم يقبله
لوقع بيد فاجر يفسد حاله من وارث او غيره ويختلف المتبقي بحسب هذه المصلحة
العظيمة **قال** ولو ملكه في مرض موته اي ومات فيه وحكمه قريبه بلا عوض
عتق من ثلثه لانه خرج عن ملكه بلا بدل فاشبه المتبرع به هذا ما صححه البغوي وتبعه
المحرر كما ذكره **قال** وقيل من راس المال لانه حصل له بلا بدل والشرع
اخرجه عنه فكانه لم يملكه وهذا ما رجحناه هنا وفي الوصايا بترجيح الاول في
الموروث الى المتولي في الموهوب والاصح كونه من راس المال وبه قطع الاستاذ ابو

منصور وفي كلام السرخسي اني علي وغيره ما يقتضي الجزم به ثم رسا وغيرهما عليه
من ملكه بهبة او وصية فان اعتبرنا الموروث من الثلث فههنا اولى والا
فوجهان اصحهما من راس المال وبه قطع ابن الحداد وابو منصور لانه لم يبذل
مالا والملك زال بغير رضاه فعلى هذا لو عتق وان لم يكن سواه او كان عليه
دين مستغرق او كان محجورا عليه بفلس نفذ ولا سبيل للغرما عليه
وعلى الاول ان لم يكن له سواه عتق ثلثه وان كان ثم دين مستغرق لم يعتق
وبيع فيه وكذا المحجور عليه بالفلس **قال** او بعوض بلا محاباة اي
من بايعه مثلا بل بثمن مثله فمن ثلثه لانه فوت على الورثة ما بذله من الثمن ولم يحصل
لهم في مقابلته شي **قال** ولا ارث ○ اذ لو ورث لصارت الوصية وصية
لوارث فتبطل واذا بطل العتق بطل الورث فاذن في توريثه عدم توريثه
قال الرافعي هكذا اطلقوه حكما وتعليلا وكانه مبني على ان الوصية للوارث
باطلة فان وقفناها على الاجازة فلا يمتنع الجمع بين الوصية والميراث فيحتمل
ان يوقف الامر على الاجازة ويحتمل خلافه وحكى الاستاذ وجها انه يرث
لانه لا يملك رقبته حتى يقال اوصى له بها وانما ينتفع بالعتق كما ينتفع الوارث
بمسجد او قنطرة بيبنها مورثه وذلك لا يمنع الميراث **قال** فان كان عليه
دين اي مستغرق فقيل لا يصح الشرى لان تصحيحه يودي الى ملكه ولا يعتق
فلم يصح كما لا يصح شرى الكافر العبد المسلم **قال** والاصح صحته اي لانه
لا خلل في العقد ويخالف شرى الكافر فان المكلف يمنع شرى الكافر المسلم والدين
لا يمنع الملك ولا يعتق بل يباع في الدين لان عتقه معتبر من الثلث والدين يمنع
منه **اشارة** اغفل قيد الاستغراق استغنا بقوله بل يباع في الدين وفي اعجاز
الجيلي انه لو ملك ما يشتري دينا وعبد قيمته مائة فاعتقه في مرض موته ثم اشترى بالمال
اباه صح شراه على الاصح ولا يعتق عليه قطعا وهي من مسائل المحاباة فيقال حر موسر
اشترى من يعتق عليه ولا يعتق قلت فهي في معنى الاول ويزاد فيها ولا دين
عليه **قال** او بمحاباة اي من البايع ونحوه فقدرها كهبة اي فيكون قدر المحاباة
كالموهوب له فيجي الخلاف السابق في انه يعتبر من الثلث او من راس المال

اشارات وتتمات ما ذكره فيما اذا كانت المحاباة من البايع ومن في
معناه اما لو كانت من المريض المشتري فقدرها متبرع منه ولا يخفى حكمه مما
سبق في الوصايا فلو كان قدرها يستوعب الثلث امتنع عتق شي منه كما تبرع
قبل الشرى بمقدار الثلث ○ مهما حكمنا بانه يعتق من راس المال فاصح الوجهين
انه يرث لان العتق والحالة هذه ليس بوصية بل هو مستحق شرعا فلا يلزم الجمع
بين الميراث والوصية والثاني وبه قال الاصطخري لا يرث ويجعل عتقه
وصية في حقه وان لم يجعل وصية في حق الوارث كما لو نكحت المريضة بدون
مهر المثل يصح المحاباة من راس المال ان لم يكن الزوج وارثا وان كان وارثا
يجعل وصية فتبطل ويجب مهر المثل ○ ما سبق من صحة الشرى على ما فيه من
التفصيل هو المشهور وحكى الاستاذ ابو منصور وجها مطلقا ان شرى المريض
اباه باطل لانه وصية موقوفة على الخروج من الثلث والاجازة والبيع لا يصير
موقوفا انتهى **قال** ولو وهب لعبد بعض قريب سيده فقبل
وقلنا يستقل به اي بالقبول وهو الاصح ○ عتق وسرى وعلى سيده قيمة باقيه
لان قبوله بمنزلة قبول سيده شرعا هذا ما اورده في التهذيب هنا وتبعه في المحرر
والشرح الكبير قال في الروضة قلت هذا مشكل وينبغي ان لا يسري لانه يملك
كالارث وقال في كتاب الكتابة تبعا للرافعي ولو اتهب العبد القن بعض من يعتق
على سيده بغير اذنه وصححنا اتهابه ولم تتعلق به لزوم النفقة صح القبول في الاظهر
ولا يسري لحصول الملك قهرا والثاني لا يصح وفي الوسيط حكاية وجه انه يصح ويسري
ويجعل اختيار العبد كاختيار سيده ولم اجد هذا الوجه في النهاية وافهم كلامه
في شرح الصغير هناك انكاره لمطلقا وهو عجيب والمذهب عدم السراية والتعليل
بان قبول العبد كقبول السيد شرعا ممنوع فيما يضر بالسيد **قال** **فصل**
اعتق في مرض موته عبدا لا يملك غيره عتق ثلثه لانه تبرع في مرض الموت فاعتبر من الثلث
كغيره وهذا اذا بقي بعد موت السيد اما لو مات قبله فهل يموت كله رقيقا ام كله
حرا ام ثلثه فقط اوجه اصحها عند الصيدلاني الاول وبه اجاب الشيخ ابو زيد
في مجلس المحمودي فرضه وحمل عليه لان ما يعتق ينبغي ان يحصل للورثة مثلاه

ونظهر ثمرة الخلاف فيما لو وهبه والمسئلة بحالها واقبضه ثم مات
العبد قبل موت السيد فان قلنا لموت العتق رقيقا مات هنا على
ملك الواهب وعليه مونة تجهيزه وان قلنا لموت حرا مات هنا على ملك
المتهب فعليه تجهيزه وان بلثنا وزعنا المونة عليهما ٥ وفيما اذا كان لهذا
العبد ولد من معتقة كان ولآ الولد لموالي امه فان قلنا لموت حرا انجر
الولآ الى معتق الاب وان بلثنا انجر ولآ ثلثه هذا حاصل الروضة هنا وفي تتمة
كلامه ترجيح مونه رقيقا وقال في الوصايا قال الاستاذ الصحيح انه يموت حرا
ولم يذكر عن غيره ترجيحا فافهم موافقته وقال ابن الرفعة في الوصايا احدها
وهو اختيار ابن سريج وقال الرافعي حكاية عن ابي منصور انه المشهور من المذهب
انه مات حرا وكسبه لورثته والثاني بطل العتق ومات عبدا قال الرافعي وهو
من تخريج ابن سريج **قلت** وقال في البسيط هنا انه ضعيف والثالث
ثلثه حر وثلثاه رقيق وقال في البحر انه ظاهر المذهب والمعول عليه انتهى وهو المحكي
في النهاية والبسيط وغيرهما عن اختيار القفال ويوافقه اطلاق المنهاج
وغيره ولو قتل العبد في المرض قبل موت معتقه جرى فيه الخلاف قاله وحكى
الرافعي عن الاستاذ ابي منصور انه قال قياس مذهب الشافعي انه يموت رقيقا
وذكر بعد انه الاظهر وكان المراد القتل المهدر لا المضمون وجزم في الوسيط
في صورة الهبة انه لو قتله المتهب فهو كما لو كان باقيا قال ابن الرفعة ولو كان
قد وهب العبد في مرض موته ولا مال له سواه وقبضه المتهب ثم مات قبل سيده
فهل يبطل الهبة وجهان اصحهما نعم فاذا قلنا به فهل يلزم المتهب فيه وجهان
الاشبه لا يضمن فان ضمنا قال ابو منصور ضمن ثلثا القيمة قال الرافعي وقياس
بطلان الهبة في الجميع ان يغرم جميع القيمة انتهى وحكى الماوردي هنا الاوجه
الثلاثة السالفة فذكر الاولين بتفريعهما ثم قال والثالث وهو الظاهر من مذهب
الشافعي والمعول عليه من قوله ان موته لا يرفع حكم العتق في حقه ويرفع عنه
حكم الرق في حق ورثته وعتقه ليس بوصية له لانه لا يراعا فيه قبوله ولا يورث
فيه رقه وعلى هذا تختلف احكامه باختلاف احواله فان مات عن غير كسب كان ثلثه

حرا وثلثاه مملوكا يجد ثلثه بلث ولآ ولده وان مات عن كسب ولا يرثه
غير سيده فان كان كسبه مثلا قيمته عتق جميعه لانه صار التركة مثلا قيمته
وان كان كسبه نصف قيمته كان نصفه حرا ونصفه رقيقا والكسب نصفه
للسيد بحق الولآ ونصفه بحق ثم ذكر حكم ما اذا كان له من يرثه غير سيده
رقيقا وبعد فحصل ان المذهب الظاهر الوجه الثالث كما ذهب اليه القفال
قال فان كان عليه دين مستغرق لم يعتق شي منه لان العتق وصية
والدين مقدم عليها وعلى حق الورثة في الثلثين **قال** ولو اعتق ثلاثة
لا يملك غيرهم قيمتهم سوا اعتق احدهم بعد عنه لما في صحيح مسلم ان رجلا اعتق ستة
مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم
اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة وهذا لا خلاف فيه ان يفوا لذلك
الا الاقراع فان مات احدهم قال النص وعليه اطبق الاصحاب انه يدخل في القرعة
قال الامام وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد ان يجعل الهالك كالمعدوم ويجعل
كانه اعتق عبدين لا يملك سواهما وافاد الغزالي وجها والتفريع على الاول
ولو مات احدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث الى التركة فالحكم كما
لو مات قبل موت السيد ولفظ التصيد لا في تقتضي الاكتفا بان لا يكون
الميت في يد لثبوت الحكم المذكور وان مات بعد امتداد يد الوارث الى التركة
وقبل الاقراع فوجهان اصحهما انه يحسب على الوارث حتى لو خرجت القرعة
لاحد الحيين عتق كله لان الميت دخل في يده وضمانه وثانيهما انه كما لو مات قبل
ذلك لانه لم يتسلط على التصرف وتفاريع المسئلة كثيرة والغرض الرمز الى ما قدمته
اطلاق المصنف خلافه قال الدارمي ولو نقصت قيمة احد الثلاثة قبل الموت
اقرعنا فان خرجت قرعة الناقص حرا عتق وفا الثلث وان خرجت لمن لم ينقص
عتق منه بقدر الثلث بعد نقص الناقص وان كان بعد موته وكذلك بعد موت
المعتق قال الشيخ ويحتمل عندي انتهى **فايدة** ذكر في الوجيز ان موته
بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث اليه هل يكون كالموت قبل موت
السيد فيه وجهان ومنهم من طرد الخلاف في موته قبل القرعة وان كان بعد امتداد

اليه قال الرافعي وهذا اصح في اثبات وجهين قبل امتداد ايديهم وان
بعضهم طرد الوجهين فيما اذا مات بعد امتداد ايديهم والذي يوجد لغيره
ان الحكم فيما اذا مات قبل الامتداد كهو فيما اذا مات قبل موت السيد
وفيما بعد الامتداد وجهين وكذا هو في النهاية والوسيط وما ساقه في
الوجيز من مفرداته ولا يؤمن صدوره منه على السهو قلت قال الدارمي
لو اعتق ستة لا مال له غيرهم متساوين فمات اثنان منهم قبل موت المعتق
فذكر حكمه ثم قال وان ماتا بعد وقبل القرعة قال الطبري كهو قبل الموت وقال
ابن القطان ان كان الورثة قد قبضوا جميع العبيد ثم مات بعضهم في ايديهم
خرجت رقعة الرق على الموتى حسبا على الورثة وان لم يكونوا قد قبضوا
فهل يحسب عليهم الموتى ان خرجوا رقيقا على قولين وقد نص انه يحسب في موضع
يتأول انه بعد القبض او سلم لهم الثلثان مثلا ما عتق بعد ما تلف وقال
ابن المرزبان قبضوا او لم يقبضوا لا يحسب عليهم الموتى انتهى وفيه شاهد للوجهين
ونقله **قال** وكذا لو قال اعتقت ثلثكم او ثلثكم حر ٥ اذا اعتق في
مرضه ثلث كل واحد منهم فقال اثلاث هؤلاء احرار او ثلث كل واحد حر ففيه
وجهان احدهما يعتق من كل واحد ثلثه كما ذكر واصحهما انه يقرع بينهم لتجمع
الحرية في واحد فان عتق المالك لا يتجزى واعتاقه بعض مملوكه كاعتاقه جميعه
وكانه قال اعتقت هؤلاء ولو قال ذلك لاقرعنا بينهم بسهم عتق وسهمي رق
فمن خرج له سهم العتق عتق فكذلك ههنا اذا عرفت هذا فلو قال اعتقت
ثلثكم او ثلثكم حر فهو كما لو قال اعتقتكم او اعتقت واحدا منكم فيقرع بينهم
ولا يجيء الوجهان قال الرافعي ومنهم من جاء بالوجهين وجعل الصيغتين كما لو قال
اثلاث هؤلاء احرار ولو اضاف الى الموت فقال اثلاث هؤلاء احرار بعد موتي
او ثلث كل واحد فيعتق من كل واحد منهم ثلثه ولا يقرع لما سبق ان العتق
بعد الموت لا يسري وقيل يقرع كما لو نجز في مرض الموت والظاهر الاول قال
الرافعي ولصاحب الوجه الاخر ان يقول نعم لا سراية بعد الموت ولكن قوله
ثلث كل واحد منكم حر يعمه منزلة قوله اعتقتكم حتى حكمتم بالقرعة في اظهر الوجهين

واذا نزل منزلته فلو قال اعتقتكم بعد موتي يقرع بينهم فكذلك اذا قال
ثلث كل واحد منكم حر بعد موتي انتهى **قال** ولو قال اعتقت ثلث
كل عبد اقرع وقيل يعتق من كل ثلثه ٥ قد بيناهما بتوجيههما قريبا **قال**
والقرعة ان يؤخذ ثلاث رقاع متساوية يكتب في اثنين رق وفي
واحدة عتق وتدرج في بنادق كما سبق الى في باب القسمة وقد بيناه هناك وقال
الماوردي هنا اعلم ان القرعة تدخل في الاحكام لتمييز ما اشتبه اذا تعذر تمييزه
بغيرها لتزول فيه التهمة وتخرج عن توهم المحاباة فوجب ان تشتمل على احوط
الممكنات فيها وهي على ما وصفها الشافعي رضي الله عنه احوط فاعتبر فيما وصفه
منها خمسة اشياء مبالغة في الاحتياط واحترز من الحيلة وبعد من التهمة وقال
مالك كيف ما اقرع الحاكم بينهم ولو بالقلم ودواته اجزأ وهذا عدول عن الاحتياط
وتعرض للارتياب الذي يمنع منه الحكام واختار الشافعي ان يكون الرقاع
في بنادق طين وهو اولى من الشمع والحديد لان الشمع لين يمكن فيه الحيلة والحديد
شديد لا ينفتح وان لين بالنار ربما احترقت رقاعه واختار ثانيا ان يكون البنادق
متساوية الوزن والصفة مدورة قد ملست لئلا تختلف فتتميز واختار ثالثا
ان تجفف حتى تيبس فلا يتم فيها حيلة واختار رابعا ان توضع مغطاة ويؤمر من لم
يشهدها بالاخراج حتى لا يرتاب ما تتوجه اليه به تهمة واختار خامسا ان يكون
المخرج قليل الفطنة ظاهر البلادة ليبعد عن الادغال والحيلة هذا احوط
ما يمكن فيها وليس بعد ما ذكره الشافعي رحمه الله في وصفها من هذه الفصول الخمسة
احتياط يؤمر به الحكام فان قصر في بعضها اساء ولم يبطل حكمه انتهى **قال**
ويخرج واحدة باسم احدهم فان خرج العتق عتق ورق الآخران او الرق رق
واخرجت اخرى باسم آخر الي فان خرج العتق عتق ورق الثالث او الرق رق
وعتق الثالث **قال** ويجوز ان تكتب اسماؤهم ثم تخرج رقعة على الحرية
فمن خرج اسمه عتق ورقان لانه ينفصل الامر ايضا وقوله ويجوز يفهم ان
الكيفية الاولى اولى مع ان هذه اسرع الى فصل الامر **انشادة** لا اخفاء
ان اخراج القرعة على الصفة المذكورة في كلام المصنف وغيره ليست متعينة

بل يجوز القرعة بالبعر كما فعل صلى الله عليه وسلم في قسمة بعض الغنايم والنوب
وبالاقلام لكن الاحوط ما سبق **قال** وان كانوا ثلاثة قيمة واحد
مائة واخر مائتان واخر ثلثمائة اقرع بسهمي رق وسهم عتق فان خرج العتق للذي
المائتين عتق ورقا اي لان به تم الثلث ٥ او للثالث عتق ثلثاه ٥ لانهما
الثلث ٥ او للاول عتق ثم يقرع بين الاخرين بسهم رق وسهم عتق فمن خرج تمم
منه الثلث اي ورق الباقي فان خرجت للذي المائتين عتق نصفه او للذي
الثلثمائة عتق ثلثه **قال** وان كانوا فوق ثلاثة وامكن توزيعهم بالعدد
والقيمة كستة قيمتهم سوا جعلوا اثنين اثنين اي وصنعنا ما سبق في الثلاثة
المتساوية القيم **قال** او بالقيمة دون العدد كستة قيمة احدهم مائة وقيمة
اثنين مائة وثلاثة مائة جعل الاول جزءا والاثنان جزءا والثلاثة جزءا اي واقرع
كما سبق **قال** وان تعذر اي توزيعهم بالقيمة كاربعة قيمتهم سوا
ففي قول يجزون ثلاثة اجزا واحد وواحد واثنان لانه اقرب الى فعله صلى الله عليه وسلم
فان خرج العتق لواحد اي لاحد الواحدين عتق ثم اقرع اي بين الثلاثة
لتتميم الثلث اي فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثه او للاثنين اي المجموعين جزءا
رق الاخران ثم اقرع بينهما اي بين الاثنين القارعين فيعتق من خرج له
العتق وثلث الاخر اذ بذلك تم الثلث **قال** وفي قول يكتب اسم
كل واحد في رقعة فيعتق من خرج اولا وثلث الثاني اي القارع ثانيا لان
ذلك اقرب الى فصل الامر فيخرج رقعة على العتق لمن خرج اسمه عتق ثم يخرج ثانية
كذلك فمن خرج اسمه عتق ثلثه قل قوله وثلث الثاني توهم انه يعتق ثلث الثاني بلا
اعادة قرعة وليس كذلك بل تعاد كما صرح به المحرر **قلت** معنى كلامه
وثلث القارع الثاني ليس لنا هنا ثان الا بالقرعة **قال** قلت اظهرهما
الاول والله اعلم ٥ لما سبق من توجيهه ورجحه في الشرح ولهذا قال ابن الرفعة
قال الشافعي وهذا القول اصح واشبه بمعنى السنة لان النبي صلى الله عليه وسلم
جزاهم ثلاثة اجزا ولا يجوز عندي ابدا ان نقرع بينهم الا دفعة فلو او كثروا
الا على ثلاثة اختلفت قيمتهم ام لم تختلف وعجب كيف لم يات طريقة قاطعة بذلك مع

قول

قول الشافعي ولا يجوز عندي الى آخره ورايت الماوردي قال انهم
لو كانوا اربعة قيمة كل واحد منهم مائة ثلث اسماؤهم في الرقاع بعددهم
قولا واحدا فاذا خرج سهم احدهم عتق واخرج سهم بان يعتق ثلثه ورق
ثلثاه وجميع الاخرين وعلى هذا القياس **قال** والقولان في
استحباب وقيل ايجاب ٥ في المحرر حيث قال والظاهر ان هذا الخلاف
في الاستحباب دون الايجاب وحكى في اصل الروضة تبعا للشرح القول بالايجاب
عن القاضي الحسين واختيار الامام ثم قال وبالايجاب قال الصيدلاني
وهو مقتضى كلام كثيرين وعبارة شرح الصغير ان الذي يوافق ايراد الاكثرين
الاستحقاق **قلت** وهو ظاهر المنصوص وبالاستحباب اجاب الدارمي
تنبيه قال ابن الرفعة قال في البحر اخوان او اب وابن صغير فلا
يجوز ان يفرق بينهما للنهي عنه قال ابن الرفعة وفيه نظر لما سبق ان التفرقة
بالحرية غير داخلة تحت التحريم **قلت** وفي اعتراضه نظر لانه جاز هنالك
للضرورة ولا ضرورة هنا عند امكان الضم اليها كما سبق بيانه قال وان
كان فيهم زوجان فهل يجوز التفرقة فيه وجهان وجه المنع انها تفضي الى فسخ النكاح
وكل هذا اذا امكن الجمع انتهى وهذا الفرع ماخوذ من قول الماوردي في اواخر
باب الاقراع فيما اذا كانوا ستة قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءا وكان
الجمع بين كل اثنين معتبرا براي الحاكم فان كان فيهم متناسبان اخوان او اب
وابن كان الجمع بينهما اولى من التفرقة فان فرق بين المتناسبين جاز الا ان يكون
ام معها ولد صغير فيفرق بينهما فقد وعليه وقد ورد النهي عنه وان فرق بين الزوجين
ففي جوازه وجهان احدهما يجوز كما في الاخوين والثاني لا يجوز ليجتمعا على الحرية
والرق ولا يختلفان فيهما فيفضي الى فسخ المعقود في التفرقة بين الاخوين انتهى
والظاهر انما ذكره في التفرقة مختص بهذا المثال ونحوه وحينئذ فلنا منه
وجه بين الام وطفلها واما الطائفة المفرقة بين الاب والابن فان قضيته
الجواز وان كان الولد طفلا بخلاف الام وهو وجه ضعيف والاصح تحريم
التفريق كالام على الصحيح **قال** واذا اعتقنا بعضهم بقرعة فظهر مال

اي للميت جهلناه وقوف القرعة كوديعة ودفين وغيرهما ٥ وخرج
كلهم من الثلث عتقوا ولهم كسبهم من يوم الاعتاق اي وكذا ما كان في
معنى الكسب كولد وارش جناية وغيرهما وتجري عليهم جميع احكام الاحرار
من حين العتق من الارث وغيره حتى لو كان نكح امة لا تباح في الحرية بطل
نكاحها ولو كانت امة فزوجها الوارث بالملك بطل نكاحها ولو وطيها
الوارث بالملك لزمه مهرها ولو زنا احدهم وحلف خمسين كملحده ان كان بكرا
ورجم ان كان ثيبا ولو كان الوارث باع احدهم بطل بيعه او رهنه بطل رهنه
او اجره بطلت اجارته ورجع على مستاجره باجرة مثله ولو كان الوارث قد
اعتقه بطل عتقه وكان ولاؤه للاول ولو كاتبه بطلت كتابته ورجع على
الوارث بما ادى ولو جني عليه عمدا واخذ الوارث الارش فلا ان يقتص
في الحال وان كان بيع في جناية بطل بيعه وكانت جنايته خطا على عاقلته
وعمد ابني مالك ثم على هذا القياس في جميع الاحكام قاله الماوردي **قال**
ولا رجع الوارث بما انفق عليهم قاله الرافعي لمن نكح امراة نكاحا فاسدا على
ظن انه صحيح ثم فرق القاضي بينهما لا يرجع الزوج بما انفق **قلت**
وفي اطلاقه نظر وبما سبق فيما اذا انفق المطلق بانيا على ظن الحمل ثم بان
خلافه ما يخرج منه نزاع في مسئلتنا وعلى تقدير ان لا رجوع فيجب ان يكون
محله ما اذا انفق الوارث المطلق التصرف مختارا اما لو انفق جبرا بالحاكم
او انفق ولي المحجور عليه من ماله ثم بان بخلافه فالقياس ان يرجع على العتق
بما انفق عليه وكذا يجب ان يكون حكم ما ادى عنه من ارش جنايته والله اعلم
قال ولو خرج اي من الثلث بما ظهر عبد اخر اقرع اي بين الباقين
فمن خرجت له القرعة فهو حر مع الاول وقوله عبد اخر يوهم انه لو خرج بما ظهر من
المال بعض عبد اخر انه لا يقرع وليس مرادا والعبد مثال **قال** ومن عتق
بقرعة حكم بعتقه من يوم الاعتاق اي لا من يوم القرعة وتعتبر قيمته حينئذ
اي حين الاعتاق لا حين القرعة بخلاف من اوصى بعتقه فانه يعتبر قيمته يوم
الموت لانه وقت الاستحقاق **قال** وله كسبه من يومئذ اي من يوم

الاعتاق

الاعتاق وكذا كل ما يختص به الحر من الحقوق فكالكسب كما بيناه قريبا
قال غير محسوب من الثلث لانه حدث على ملكه بعد الحكم بحريته
وسوا كسبه في حياة المعتق ام بعد موته **قال** ومن بقي رقيقا
قوم يوم الموت وحسب من الثلثين هو وكسبه الباقي قبل الموت لا الحادث
بعده اي لحدوثه على ملك الورثة بخلاف ما كسبه قبل موت السيد **فرع**
مهم اهمله الشيخ وهو ما لو اعتقنا بعض العبيد بالقرعة ثم ظهر دين فان استغرق
فالعتق باطل فان قالت الورثة نحن نقضيه من موضع اخر ونبقي العتق
فوجهان بناء على ان تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ قال
المصنف وينبغي ان يكون الاصح نفوذ العتق واستبعد الشيخ ابو علي البنا
المذكور وقال هنا كان يبتني لو ارث اعتاقا من عنده ولا يبني ما فعل الميت
وانما الخلاف مبني على ان اجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ ام
ابتدا عطية منه ان قلنا تنفيذ فله تنفيذ اعتاقه بقضا الدين من موضع
اخر والا فيتعين ان يقضي الدين ثم يبتدئ باعتاقه ٥ وان كان ما ظهر
من الدين غير مستغرق فهل تبطل القرعة من اصلها فيه وجهان ويقال
قولان احدهما نعم كما لو اقتسم شريكان ثم ظهر ثالث واظهرهما لا ولكن ان تبرع
الوارث باداء الدين نفذ العتق والا فيرد من العتق بقدر الدين فان
كان الدين نصف التركة رددناه في نصف من اعتقنا وان كان ثلثها رددنا
في ثلثهم فان كان العبيد ستة قيمتهم سوا واعتقنا اثنين بالقرعة ثم ظهر عليه
دين بقدر قيمة اثنين بعنا من الاربعة اثنين كيف اتفق لانه لا حق لهم في العتق
ثم يقرع بين المعتقين بالقرعة اولا بسهم عتق وسهم رق فمن خرج له سهم الرق
رق ثلثاه وعتق ثلثه مع الاخر وان ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة منهم اقرع بين
اللذين كان خرج لهما الحرية فمن خرج له الحرية عتق ورق الاخر **قال**
فلو عتق ثلاثة لا يملك غيرهم فكسب احدهم مائة اقرع فان خرج العتق للكاسب
عتق وله المائة لما سبق بيانه ورق الاخران وان خرج لغيره عتق ثم اقرع اي
بين الكاسب والاخر فان لغيره يعني لغير الكاسب عتق ثلثه اي وبقي ثلثاه

مع الكاسب للورثة وان خرجت لربعي للكاسب عتق ربعه وتبعه ربع
كسبه لانه يجب ان يبقى للورثة ضعف ما عتق ولا يبقى ذلك الا بذلك
فانه عتق ربعه وقيمته خمسة وعشرون وتبعه من كسبه قدرها غير محسوب
عليه فبقي من كسبه خمسة وسبعون وبقي منه ما قيمته خمسة وسبعون وبقي
عبد قيمته مائة فجملة التركة المحسوبة ثلثمائة وخمسة وسبعون منها قيمة العبيد كلهم
ثلثمائة ومنها كسب احدهم خمسة وسبعون وجملة ما عتق قيمته مائة وخمسة وعشرون
وجملة ما بقي للورثة مائتان وخمسون واما ربع كسبه فغير محسوب لانه تابع لما عتق
منه ولا يخفى عليك بعد هذا حكم ما لو كسب احدهم مائتين او ثلثمائة او ازيد
من ذلك وهذا كله في الاكساب الحاصلة في حياة المعتق ولو كسب احدهم في المثال
المذكور مائة بعد موت المعتق فان خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه
غير محسوب او لغيره عتق ورق الاخران ولا تعاد القرعة للكسب بل تعود للورثة
لحصوله في ملكهم **اشارة** زيادة قيمة من نجز اعتاقه كالكسب فاذا خرجت
له قرعة العتق تبعته زيادة قيمته غير محسوبة عليه وكذا حكم من ولدت من
الاما قبل موت المعتق فالولد كالكسب يتبعها في العتق غير محسوب من الثلث
وان خرجت القرعة لغير الزايل القيمة او لغير التي ولدت وقع الدور ويعرف ذلك
من المبسوطات ولو نقصت قيمة بعض من نجز عتقهم قبل موت المعتق فان نقصت
قيمة من خرجت له القرعة بالعتق حسب نقصها عليه او قيمة من رق لم يحسب
على الورثة اذ لم يحصل لهم الا الناقص فلو اعتق عبدا لا يملك غيره قيمته مائة
فرجعت الى خمسين عتق منه الخمس ولو اعتق ثلثة قيمة كل واحد مائة فعادت
قيمة احدهم الى خمسين فان خرجت القرعة للناقص عتق وحده او لاحد الاخرين
عتق منه خمسة اسداسه وبقي للورثة سدسه والآخر والناقص وذلك ضعف
ما عتق **مسئلة** اذا قال احدكم حر او اعتقت احدكم فان نوى معينا امر ببيانه
وحبس عليه فان بين واحدا عتق ولغيره دعوى ارادته وتحليفه فان نكل حلف
العبد وعتق ايضا ولو قال اردت هذا بل هذا عتقا جميعا مواخذة له وقوله
احدهم ليس بيان بل يومر به فان قال اردت المقتول لزمه القود بشرط وليس

وط الامة سابقا فلو بين العتق في الموطوءة لزمه الحد ولها المهر بجهلها
بالعتق ولو مات قبل البيان قام وارثه مقامه على المذهب وقيل قولان فان
بين احدهم عتق ولغيره تحليفه على نفي العلم فان لم يكن وارث او قال لا اعلم
اقرع بينهم على الصحيح او المشهور وقيل يوقف الامر الى ان ينكشف الحال فيه
ولو قال المعتق نسيت العتيق امر بتذكر قال الرافعي تبعا للامام قال الاصحاب ويحبس
عليه قال الامام وفيه احتمال قلت ان اريد بهذا النقل انه يحبس اذا ظهر
عناده مع علمه او امتناعه من التذكر او عرضت عليه اليمين فامتنع منها ولم يكن فيهم
من يرد عليه اليمين بشرطه فقريب وان اريد انه يحبس مع بذله اليمين فغريب والذي
رايته في كتب الطريقين انه يومر بالبيان من غير تعرض لحبس وعبارة مجموع
المحاملي فقال له تذكر الذي اعتقته واخبرنا به وعبارة التنبيه امر حتى يتذكر
قال ابن الرفعة فان نوزع في الحكم كما مر في نظيرها من الطلاق انتهى والمنقول ذلكم
ثم انهما ان صدقناه في النسيان فلا مطالبة بالبيان وان كذبناه وبادرت واحدة
وقالت انا المطلقة لم يقنع منه في الجواب بقوله نسيت وان كان محتملا بل يطالب
بيمين جازمة انه لم يطلقها فان نكل حلفت وقضي باليمين المردودة واحال الغزالي
في البسيط الكلام في المسئلة على كتاب الطلاق وبه يعلم ان اطلاق الامام نقل
الحبس عن الاصحاب ليس بجيد وعبارة الامام هنا وان قال عينت بقلبي ثم
انسيت من عينته حال اللفظ فهل يحبس والحالة هذه هذا فيه احتمال والذي
اطلقه الاصحاب الحبس وعندي اني ذكرت ذلك في مسايل ابهام الطلاق انتهى
وان مات قبل التذكر فقيل بيان الوارث والقرعة الخلاف وهكذا الحكم لو سمى
واحدا واعتقه وقال نسيته ○ وان لم ينو معينا امر بالتعيين ووجب على الفور ووقف
عنهم ولزمه نفقتهم فمن عينه عتق ولا مطالبة لغيره ان وافق على انه لم ينو معينا
قلت وينبغي انه لو كان غير المعين طفلا او مجنونا ان يحلفه القاضي
انه لم ينوه كما لو قال البالغ لم يبهم بل نوى ○ واذا قال عينت هذا بل هذا
عتق الاول فقط بخلاف ما سبق لانه اختيار ثم العتق في المبهم هل يحصل
عند التعيين ام يتبين حصوله من اللفظ وجهان كما مر في الطلاق وعلى الخلاف

ما لو مات احدهم فعتقه، وهل يصح ان قلنا بالاول فلا فعليه كما لو كان
الابهام بين عبدين فيبطل التعيين في الميت بعين الثاني للعتق ولا حاجة
الى لفظ وان قلنا بالابهام صح تعيينه وهل يكون الوطء في الامة تعيينا وجهان
كما في الطلاق قال ابن الصباغ ويكونه تعيينا قال الاكثرون وهو الصحيح في
البحر واختار المزني ولذا لم يجعله تعيينا فعين العتق في الموطوءة فلا حد وفي
البغوي حكم المهر على الخلاف ان قلنا العتق يحصل عند التعيين لم يجب والا وجب
والوطء دون الفرج والقبلة والمباشرة بشهوة مرتب على الوطء واولى بالمنع
والاستخدام مرتب على اللمس والمذهب انه ليس بتعيين والعرض على البيع
كالاستخدام ولو باع او اجره او وهبه واقبضه قال البغوي فيه الوجهان كالوطء
وعن القاضي الحسين هل هو اختيار للملك في ذلك ام لا وحكم الاستخدام
ان قلنا بالاول صح البيع قال ابن الرفعة ويتجه تخريجه على الخلاف في بيع الاب
ما وهبه لولده ○ والاعتاق ليس بتعيين ثم ان عتق ممن اعتقه قبل او في غيره
عتقان وقتله احدهم ليس تعيينا ثم ان عتق في غير مقتوله لم يلزمه الا الكفارة في
او في مقتوله فلا قود للشبهة واما المال فان قلنا العتق يحصل عند التعيين
لم يجب او عند الابهام لزمه الدية لورثة المقتول وحكى القاضي الحسين وجهين
في وجوب القود وبالمنع جزم الرافعي وغيره كما ذكرناه ولو مات قبل التعيين فهل
لورثته التعيين قولان ويقال وجهان اظهرهما نعم وعن القاضي الحسين بناء
الخلاف على ما سبق ان قلنا التعيين ايقاع عتق في الحال قام الوارث فيه مقامه
والا فلا قال الامام وهذا عندنا بالعكس اولى فانا ان جعلناه ايقاعا فهو من
تتمة اللفظ ولا يجوز ان ينقسم لفظ في الايقاع بين شخصين **فرع** من
التهذيب ذكر الشيخ ابو علي من وقائع نيسابور قديما انه اذا كان تحت يد السيد
غلامان سالم وغانم فقال احدكما حر فغاب سالم وبقي غانم بين يديه فوقف
بحيث غلام آخر اسمه مبشر فقال لغانم ومبشر احدكما حر ثم مات قبل البيان فكيف
السبيل فيه قال الاستاذ ابو اسحق يقرع في هذه الصورة بين سالم وغانم
فان خرجت القرعة على سالم عتق ثم يعيد القرعة بين غانم ومبشر فعلى ايهما خرجت

القرعة حكمنا بعتقه فيعتق عبدان وان خرجت القرعة الاولى على غانم
رق سالم ولم يعد القرعة ثانيا فان القرعة عينت غانما للحرية فلما قال له
وللمبشر احدكما حر فغانم هو الحر منهما وتحقيق ذلك ان خروج القرعة بمثابة
بيان المالك ولو قال السيد اردت غانما في الدفعتين لم يعتق غيره وقال
ابو الحسن الماسرجسي اذا خرجت القرعة الاولى على غانم عتق ورق سالم ثم
يعيد القرعة ما بين غانم ومبشر فان خرجت على غانم رق مبشر وان خرج على
مبشر عتق وغانم حر كما تقدم ذكره فقال يعني اعادة القرعة توقع عتق مبشر قال
الامام والذي ذكره الماسرجسي افقه واغوص وذلك ان غانما ان عتق فلا
يمتنع انه اراد بقوله الثاني لما ابهم العتق اعتاق مبشر فاذا كان ذلك ممكنا
فالقرعة تجري حيث يتصور الابهام وكثيرا ما تجري القرعة بين من يستيقن
حريته وبين من يشكل علينا حريته ورقه وهذا اوضح من هذا الوجه انتهى وذكر
الرافعي وغيره الفرع ملخصا وان الشيخ ابا علي رجح الاول وفي البسيط
بعد نقله قول امامه ان قول الماسرجسي افقه وعندي ان الاول اصوب لان
القرعة اما ان تبين لنا مراده في الابهام او تنزل منزلة تعيينه وكان له ان
يقتصر على الذي لم يعتق فلا ينبغي ان يزيد على الاقل المستيقن **مسألة** حر
اذا علق العتق على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول كاليمين والنذر فاذا وجدت
الصفة نفذ العتق وان صار المعلق في تلك الحالة سفيها او مجنونا ولو كان
محجورا بفلس قال القاضي الحسين فالاصح من المذهب ان الاعتبار بوقت وجود
الصفة وفيه قولان ○ ولو كان المعلق صحيحا ثم وجدت الصفة في مرض الموت
فاصح القولين في تعليق القاضي والتهذيب وغيرهما ان الاعتبار بحال التعليق فعلى
هذا وهو مذهب العراقيين يعتق نصيبه لا محالة وهل يسري ان قلنا الذي يمنع
السريان امتنع والا سرى وضارب الشريك الغرما كذا قال ابن الرفعة وفي الروضة
ان الصفة اذا وجدت في مرض موته فان كانت لا توجد الا فيه كان قعلت كذا في
مرض موتي فانت حر او اذا مرضت مرض الموت فانت حر اعتبر عتقه من الثلث
وان احتمل وجودها في الصحة والمرض فهل يعتق من راس المال او من الثلث قولان

اظهرهما الاول هذا اذا وجدت الصفة بعد اختيار فان وجدت باختيار
اعتبر العتق من الثلث لانه اختار حصول العتق في مرضه ولو علق بصفة
وهو مطلق التصرف فوجدت وقد حجر عليه بفلس عتق ان اعتبرنا حال
التعليق وان اعتبرنا حال وجود الصفة فكاعتاق المفلس ولو وجدت الصفة
وهو مجنون او محجور عليه بسفه قال البغوي عتق بلا خلاف وعبارة الرافعي
وجها واحدا وفرق بان حجر المريض والمفلس لحق غيره وهو الورثة والغرما
بخلاف السفه والجنون ○ ولو قال ان جننت فانت حر فجن ففي العتق وجهان
في الافصاح وقد يخرج هذا فيما اذا كان التعليق بصفة غير الجنون فوجدت
في الجنون ○ ولو قال ان مرضت مرضا مخوفا فانت حر ثم مرض مرضا مات فيه عتق
من الثلث وقيل من راس المال ولو مرض مخوفا وبري منه عتق من راس المال
وقيل لا يعتق **فروع** للمعلق ازالة عنه بالبيع والهبة المقبوضة ملكه صح
وغيرهما كجعله صداقا وبدلا في الخلع وغير ذلك قال ابن الرفعة والحق البندنيجي
بما ذكرناه الرهن مع الاقباض وقد ذكرنا حكمه هناك قلت والمذكور هناك
انا اذا صححنا رهنه وتاخر بيعه حتى وجدت الصفة ينبني على ان العبرة في التعليقات
بحال العتق او بحال وجود الصفة ان قلنا بالاول عتق والا انبني على جواز
عتق المرهون ○ ولو اجر المعلق عتقه بصفة عتق عند وجودها وانفسخت
الاجارة بخلاف ما لو اعتق المستاجر ابتدا لا ينفسخ لان هنا وجد سبب الاستحقاق
قبل العقد قاله القاضي الحسين ○ قال ابن الرفعة والوقف ان قلنا يزيل
الملك كالبيع والا فيعتق عند وجود الصفة قاله القاضي ويتجه تخريجه على ان
الاعتبار بماذا قلت وذكر البغوي وتبعه الشيخان هناك انا لو قلنا الملك
لله تعالى او للواقف عتق وبطل الوقف او للموقوف عليه لم يعتق والوقف
بحاله والمنقول في الحاوي والنهاية والبسيط وغيرها ان قلنا يزول الملك في
الوقف الى الله تعالى او الى الموقوف عليه لم يعتق كما لو باعه ثم وجدت الصفة
في ملك الغير وهذا هو الصحيح والله اعلم ○ لو باعه ثم اشتراه لم يعد التعليق وفيه
خلاف عود الحنث ○ ولو باعه ثم وجدت الصفة ثم اشتراه فقياس الطلاق انه

لا يعتق وعن ابن ابي هريرة انه يعتق وينقض البيع لاستحقاق عتقه
قبل بيعه قال في البحر في كتاب الايمان وهو غلط لان نفوذ البيع اوجب زوال
ملكه قال في الترغيب اذا قال اذا دخلت الدار فانت حر ثم قال عجلت لك الحرية
تعجل ويعتق فاما ان قال ان دخلت الدار فانت حر ثم قال عجلت لك الحرية
لا يعتق والفرق ان اذا للوقت لا للشرط ويجوز تقديمه على الوقت وان
للشرط فلا يجوز تقديمه على الوقت انتهى واحسبني ذكرت في موضع نظيرها
من الطلاق نزاعا في الثانية ولا شك انه اذا قصد بذلك تعجيل الحرية والاضراب
عن التعليق انه يعتق والله اعلم ○ وان علق على صفة مطلقة كنزول المطر
وقدوم زيد فمات قبل وجودها بطلت الصفة وان علق على صفة بعد الموت
كاذا مت ودخلت الدار او خدمت زيدا كذا فانت حر لم تبطل الصفة بل اذا
وجدت عتق ولو ولدت المعلق عتقها بعد التعليق ولد رقيق لم يتبعها على
الاظهر وقيل قطعا اما الموجود عند التعليق فيتبعها قطعا ○ واعلم ان الحمل
التبعية ههنا تكون في العتق اذا حصل للام لا في الصفة اذا كانت الصفة
فعلها كدخولها حتى لو مات قبل الدخول ثم دخل ولدها لم يعتق جزما بخلاف
ولد المدبرة اذا قلنا انه يتبعها فان تبعيته تكون في الصفة لا في العتق فلو ماتت
الام ثم مات السيد والولد في ملكه عتق من الثلث وفرق ابن الصباغ بان
الشرط هنا دخول الام الدار فاذا ماتت فات الشرط والشرط في المدبر موت
السيد ولم يفت ذلك في حق الولد بموت امه نعم لو كانت الصفة من فعل السيد
او فعل غيرهما فيكون كولد المدبرة هذا اخر كلامه وغيره لم يفصل بين ان
يكون الصفة من فعلها او من فعل غيرها بل اطلقوا ان ولد المعلق عتقها لا
يتبعها في الصفة ويتبعها في العتق بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها ومنهم الماوردي
وفرق بان عتق المدبر مستحق بالوفاة وعتق الصفة مستحق في الحياة وحكم
ما استحق بالوفاة عام كالميراث وحكم ما استحق في الحياة خاص كالعقود وحكى
الامام عن شيخه انه كان يقول حتى يعدي العتق الى ولد المعلق عتقها بصفة
فدخل الدار عتق واما انه يعتق الام فلا قال الامام وهذا وان كان غريبا في

الحكاية فليس بجيد في التوجيه هكذا اورد ابن الرفعة هذا البحث والله
اعلم **فروع** في فتاوى القفال انه لو قال ان مت فعبدي حر
فقبل عتق عبده لانه مات وان قال ان مات هذا الجمل فعبدي حر فذبح فانه
يعتق عبده وينبغي ان ينظر فيما اذا ذبحه مجوسي قلت كذا وقع في النسخ
فانه يعتق وصوابه لا يعتق وانما اسقطنا قبل لفظة لا ويشير الى ذلك قوله
وينبغي ان ينظر فيما اذا ذبحه مجوسي وانه لو قال ان ملكتني الفا بالهبة
او قبول وصية فانت حر فانه كما اكتسب ذلك بالقبول اي والقبض عتق حرا
حمله الى الاستدام لا لانه بمجرد القبول صار متملكا وعلى هذا لو قال ان
ملكتني ما يساوي قيمته الف درهم فانت حر فاحتسب العبد او اصطاد ما قيمته ذلك
عتق انتهى وقوله لانه بنفس القبول صار متملكا يفهم انه يعتق قبل القبض
ولا اظنه مراده بل لا بد من قبض العبد ذلك كما قيدت به اطلاقه والعلم
عند الله **ومن فتاوي تلميذه القاضي الحسين** انه لو قال لا
لمن يملك ابنه اعتقه عني على الف ففعل لم يعتق عن السائل لانه لو كان
اجنبيا من السائل كما يملك العبد ثم يجعل المسؤول نائبا عنه في الاعتاق وههنا لا
يحتاج الى تقديم الملكية في الاعتاق والملك يوجب العتق فالتوكيل بعده بالاعتاق
لا يصح فيصير دورا وانه لو قال اعتق عبدك الابق عني ففعل يحتمل وجهين احدهما
لا يصح كالبيع والثاني يصح لان الملك ههنا يحصل ضمنا للعتق وضمنا قال البغوي
قلت يحتمل ان يقال في الصورة الاولى انه يحكم بعتقه عن السائل كما في
الابق انتهى وهذا الاحتمال هو المختار الاقوى ولا نظر الى ما ذكر من التقدير
والغرض خلاص ولده من الرق بعوض بذله كالشراء وذكر القاضي انه لو
اشترى من يعتق عليه بشرط العتق انه لا يصح لانه لا يمكنه الوفا بالشرط ونازعه
المصنف فيه في البيوع من شرح المهذب وربما قدمنا ذلك وانه سئل العبادي
عمن له ثلاثة اعبد فقال احد عبيدي حر ثم قال احد عبيدي حر ثم قال ثالثا احد
عبيدي حر فان اعتق الكل قال ولو قال احدهم لاخر وقاله ثلاثا لا يعتق الا واحدا
لان قوله احد عبيدي ينصرف الى المملوك وقوله احد هولا لا يتعين في الرقيق فانه

لو قال لعبيده وهم احد كما حر ينصرف الى الحر وسئل القاضي الحسين عنه
فقال لا يعتق في المسلمين الا واحد لان قوله ثانيا احد عبيدي حر يقتضي
ان يكون له عبيد ولم يكن له الا عبدين قيل له رجل قال عبيدي احرار وليس
له الا عبد واحد فقال لا يعتق لان اسم العبيد لا يقع على الواحد قلت وفيما
قاله نظر ويلتزم انه لو قال زوجاتي طوالق وليس له الا زوجة او زوجتان
ان يقول لا يقع وهو بعيد ثم رايت البغوي ذكر المسئلة في فتاويه واجاب بما
افتى به العبادي في الصورتين ولم يذكر كلام القاضي وانه لو قال اجنبي
لاحد شريكين اعتق نصيبك عني بكذا او مجانا فاعتق وكان السائل موسرا
عتق عليه الكل ولزمه قيمة النصف الاخر للمالك لان المعتق نايبه في الاعتاق
فهو كتوكيل الشريك الموسر في العتق فيجب على الموكل نصف قيمته للشريك دون
الوكيل فكذا ههنا قلت ولا يجي في مطالبة الوكيل ما سبق في الوكالة والله
اعلم وانه لو وطئ جارية ابنه فاقرت الام بان هذا الولد من ابني فهو حر
لاقرارها بالنسب ولا نصيب لها ثم ولدها انتهى قلت وكان الغرض فيما لو
وطيها بشبهة والا فمجرد قوله من ابني لا يقتضي النسب ولا اقرارها به وانه
لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فجنى بعد التعليق ثم دخل الدار ان
قلنا الاعتبار بحالة التعليق صار مختارا للفدا لانه بالتعليق منعه من التسليم
للبيع كالاستيلاد وان اعتبرنا حال وجود الصفة وجب نصف الضمان على
السيد والنصف على العبد فيحيل الحكم عليهما كما يحيل على شهود التعليق وشهود
وجود الصفة وانه لو اشترى عبدا فاعتقه ثم اقر البايع والمشتري والعبد
بانه مغصوب لا يبطل العتق فلو مات المعتق لا يدفع ماله الى المقر له لان
العتق لم يوجد منه ثم ابدا في الدفع احتمالا ثم قال ان فيه نظر ولا ادري لم فرض
التردد في التقدم بعد الموت **ومن فتاوى تلميذه البغوي** انه
لو اعتق احد عبيده ثم مات فاقرع الورثة بينهم بانفسهم فخرجت القرعة
لاحدهم حكم بعتقه ولو رفع الامر الى الحاكم بعد ذلك فاقرع ثانيا وخرجت القرعة
لاخر وحكم بعتقه فعليه ان يحكم بصحة ما فعلوا اي ولا ينفذ حكمه بعتق القارع

هو له ملومات
المصوسعوان
[illegible]
لو مات العتق
ومعه المال [illegible]

ثانيا ولو اقرع بعض الورثة فيما بينهم فلا حكم له قال في التفاضل ان يقرع
من غير اذن الوارث على غفلة منه وغفلة من العبد وانه لو قال ان
شفى الله مريضي فعبدي هذا حر ثم قال ان رد الله غائبي فعبدي هذا حر
فايهما حصل اولا عتق وان وقعا معا عتق ولو قال ان شفى الله مريضي اولا
فعبدي حر وان عاد غائبي اولا فهو حر فايهما كان اولا عتق وان كانا معا لم
يعتق ولو قال ان شفى الله مريضي فلله علي ان اعتق هذا العبد ثم قال بعد
ذلك ان رد الله غائبي فلله علي ان اعتق هذا فانعقاد النذر الثاني
على شفاء المريض فان شفي وقع العتق عنه ولا يقع عن قدوم الغائب سواء
تقدم الشفاء او تاخر عن قدوم الغائب لانه بان انه مستحق العتاق عن
الشفاء فلا يجوز صرفه الى غيره وان مات المريض بطل النذر عنه وبقي
عن قدوم الغائب فان قدم وجب اعتاقه عنه والا فلا ولو حصلا معا وجب
اعتاقه عن الشفاء ولو قال دفعة واحدة ان شفى الله مريضي فلله علي ان
اعتق هذا او ان عاد غائبي فكذلك فايهما كان اولا وجب الاعتاق عنه
وانه لو اقرع بين العبيد فخرجت القرعة لواحد وحكمنا بحريته ثم اشتبه
قال يقرع ثانيا بخلاف ما لو شهدا بانه اعتق عبده سالما في مرض موته وهو
ثلث ماله وشهد اخران انه اعتق غانما وهو ثلث ماله وعرف سبق عتق احدهما
فان كانت احديهما لشاهدين اسبق تاريخا وعرف عين السابق ثم اشتبه لا
يقرع بينهم بل يعتق من كل واحد ثلثه والفرق ان الحرية ثم ثبتت للسابق
قطعا فلو اقرعنا فربما ارققنا الحر وههنا القرعة لا توجب الحرية قطعا
ويحتمل ان يقال حكم هذه المسئلة حكم تلك المسئلة ان خرجت قرعة الحرية لواحد
وعرف عين السابق ثم اشتبه يحكم بعتق ثلث كل واحد منهم كما في مسئلة الشهادة
اذا عرف السابق ثم اشتبه قلت وربما سبق في مسئلة الشهادة نزاع
وان الحكم بعتق ثلث كل واحد خلاف قضية الشهادتين فكيف صار اليه
والله اعلم قال ولو خرجت قرعة الحرية لواحد لكن لم نعرفه فان قيل اخرج بندقة
باسم الحرية فاخرج فتلفت قبل معرفته فحكمه حكم الشهادتين لو عرف سبق احدهما ولم

يعرف عينه فاشتبه ففيه قولان ان قلنا هناك يعتق من كل ثلثه
فكذا هنا وان قلنا يقرع فكذا هنا وهذا صحيح عندي وفي نسخة وهذا
اصح عندي لان القرعة في مثل هذه المواضع يفيد الحرية قطعا بدليل ترتب
القصاص وجميع احكام الحرية فرع اذا قال اعتق عبدك هذا عني
بمائة فقال اعتقته ولم يقل اعتقته عنك وقع العتق عن المستدعي وثبت
العوض قال الامام ومما يعرض هنا ان المجيب لو قال اعتقته وزعم انه اراد
اعتاقه عن نفسه فالذي اراه ان ذلك مقبول منه ويخرج من ذلك انه ان
اطلق ولم يقصد شيئا فهو محمول على موافقة الخطاب وان صرفه الى نفسه وجب
تصديقه فيه وسبق عند اختلاف جواب في نظير المسئلة من الطلاق على عوض
وبينا ما فيه والظاهر انه لا يجيء ذلك التردد هنا والعلم عند الله فرع
نقل الرافعي قبيل كتاب التدبير عن جمع الجوامع للروياني انه لو كان بين شريكين
عبد فقال اجنبي لاحدهما اعتق نصيبك عني بكذا فاعتقه عنه فولاؤه
للامر ويقوم نصيب الشريك على المعتق دون الامر لانه اعتقه لغرض نفسه
وهو العوض الذي يحصل له وانه اذا قال احد الشريكين للاخر اعتق نصيبك
عني بكذا فاعتقه عنه فولاؤه للامر ويقوم نصيب الامر على المعتق حكاه عن
القاضي الطبري قلت وحكى ابن الرفعة الصورة الاولى عن البحر و[illegible]
وغيرهما ثم قال وطرده الروياني فيما اذا اشتركا فذكر الثانية وقال في الروضة
بعد ايراده الصورتين قلت الصواب في الصورتين انه لا يقوم عليه
لانه لم يعتق عنه انتهى وهو معذور لان الامر مشتر لنصيب المعتق وسبق عن
القاضي الحسين موافقة هذا التصويب وهو قضية كلام التهذيب وغيره
والحسبة طريقة المراوزة قاطبة وهو الظاهر انه نائبه في العتق فيهما كما صرح
به القاضي الحسين وفي التهذيب ان قال اعتق نصيبك عني وعلي كذا وهو موسر
فاعتقه صح وسرى عليه فرع في البسيط وغيره اذا طار طائر فقال
احد الشريكين ان كان غرابا فنصيبي حر وقال الاخر ان كان حماما فنصيبي حر
واشكل فلا عتق اذ ربما كان طائرا ثالثا وان قال الاخر ان لم يكن غرابا فنصيبي

فان كانا موسرين وقلنا تعجيل السراية عتق العبد اذ لا بد ان ينفذ
عتق احدهما فيسرى لكن ليس لاحدهما مطالبة الاخر اذ ليس احدهما
اولى من الاخر قال الامام وان فرعنا على ان السراية لا تعجل لم يحكم بعتق نصيب
واحد منهما انتهى وان كان احدهما موسرا فقط قال في البيان ونحكم بعتق
نصيب المعسر لان قوله يتضمن ان صاحبه حانث في يمينه وان نصيبه حر انتهى
قال الغزالي وان كانا معسرين رق العبد لان كل واحد لا يستيقن عتق
نصيبه والنصيبان بشخصين كعبدين فلو اشترى احدهما نصيب الاخر
حكم بعتق نصف العبد ادعى ان في بيع نصفه لما اتحد الملك ولو اشترى
ثالث العبد عتق عليه نصفه لما ذكرناه ثم قال القفال وليس له الرد عليهما
ولا على احدهما اذ كل واحد يقول ما بعت الا ملكي ومنهم من قال اذا لم يعلم
المشتري ذلك وما ثبت بينه فله الرد وهذا بعيد لان العتق حكم به عند الشراء
وهو يودي الى زوال العتق المحكوم به ورده اذ منهما رجع اليهما تعلق كل واحد
بنصيبه **قلت** وقال الامام ان هذا الوجه هوس ولا ينبغي ان
يعد مثله من المذهب انتهى وهذا فرع غريب قبل ان يتفطن له وينبغي استثناؤه
من مسايل الرد بالعيب وفي النفس منه شي ولو قيل يتعين بما له قيمة النصف
للعزور لكان اقرب من ضياع ماله عليه بغير سبب تقتضي اهداره والله تعالى اعلم
فرع في الاشراف قال احدهما ان لم يدخل الدار غدا فنصيبي حر وقال
الثاني ان دخلتها غدا فنصيبي حر فمضى الغد ولم يعلم حاله واتفق الشريكان
انهما لا يعرفان ذلك قال ابن سريج ان كانا موسرين عتق العبد والولاء موقوف
ولا قيمة لاحد في الحال بل اقر ابحاب الفقه على الوقف وقال ابو علي الثقفي يعتق على
الاول والولاء له ويغرم للثاني نصيبه لان الاصل عدم الدخول وان كانا
معسرين فاقوال احدها يعتق نصيب الاول للاصل والثاني يعتق نصفه
على الشيوع ويبقى نصفه بينهما على الرق وهو يشبه قول القسمة في تعارض
البينتين والثالث لا يعتق منه شي كما لو طار طاير فقال احدهما ان كان
غرابا فنصيبه حر وهو معسر وقال الثاني ان لم يكن غرابا فنصيبه حر وهو معسر

ومن

ومن قال بالوجه الاول يسلم هذا المثال ومن قال بالثاني ربما يمنع
هذا المثال والقول الثالث نظير قول التهاتر والوجه الاول وهو
الترجيح بعدم الدخول نظير الترجيح بالقرعة في تعارض البينتين واخذ
هذين الوجهين الاخيرين قياس قول ابن سريج في المسألة السابقة
دون الوجه الاول قال ابو العباس فان ادعى كل واحد حنث صاحبه
فالبينة على مدعي دخول الدار ويعتق نصيب من قال لم يدخل للاصل
وصورته في اعسارهما قال الثقفي وفيه قول اخر انه يعتق جميعه وهذا
ضعيف فان كانا عبدين والمسألة بحالها قال ابن سريج لم يعتق واحد منهما
لان المقتضي له مجهول قال الثقفي ويحتمل التسوية اي بين الشخصين وبين
الشقصين غير انه لا يخرج من التسوية انه يعتق نصف كل واحد من العبدين
ويبقى الباقي على الرق لان العبد اذا عتق بعضه على مالكه تشوف العتق الى
الباقي فيخرج وجهان احدهما يعتق على المعلق بعدم الدخول والباقي لا يعتق
واحد منهما كما قال ابو العباس انتهى وهذا هو الظاهر والله اعلم **خاتمة**
نسال الله سبحانه حسنها سكت المصنف وغيره هنا عن الكلام في تعليق
العتق بمشيئة الله تعالى اكتفاء بما سبق في كتاب الطلاق لما بين البابين من
الاشتراك في كثير من المسايل والاحكام وكذا عن التعليق بمشيئة نفسه من
الناس وقد ذكرت هناك جملة صالحة من ذلك وفوايد جمة وتذكر ما سبق
عن البغوي ونص الام وكلام الصيمري في قوله الا ان اشا او يبدو لي
فقل من يتفطن له على ما اقتضاه نص الام وبالله التوفيق والله سبحانه
الاعانة **قال رحمه الله فصل** هو باب الولاء وقد بالغ الشيخ
في اختصار احكامه وهو بفتح الواو وبالمد مشتق من الموالاة وهي المقاربة
وقيل التصرف فسمي بذلك لانه موال للمعتق كاحد قرابته او لانه ينسب بالاعتاق
الى سيده الذي اعتقه كما ينسب القريب لقريبه واليه اشارة الحديث مولى
القوم منهم وهو في الشرع عبارة عن عصوبة متراخية عن عصوبة النسب يرث
بها المعتق ويلي امر النكاح والصلاة ويعقل والاصل فيه قبل الاجماع من

الكتاب العزيز قوله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم ومن السنة
قوله صلى الله عليه وسلم انما الولا لمن اعتق متفق عليه وفي لفظ للبخاري الولا
لمن اعطى الورق وغير ذلك من السنن والاثار **قال** من عتق عليه
رقيق باعتاق او كتابة وتدبير واستيلاد وقرابة وسرايه فولاؤه له اما المباشر
للعتق فلحديث انما الولا لمن اعتق واما غيره فقياسا عليه **قال**
ثم لعصبته اي الاقرب فالاقرب للحديث المشهور الولا لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث قال ابرهيم المروذي وقد روي هشام عن الحسن
هذا الحديث وهو مرسل وهو اصح ما روي فيه يعني انه روي من طرق هذه
اصحها وعبارة المحرر فاذا مات المعتق ولا وارث له من جهة النسب ورثه
المعتق وكذا يأخذ الفاضل عن اصحاب الفروض فان لم يكن المعتق حيا
فالمال لعصبات المعتق الاقرب فالاقرب انتهى وهذا شرح لكلام المنهاج
تنبيهات منها تثبت الولا مع اختلاف الدين فلو اعتق مسلم كافرا
او عكسه ثبت الولا وان لم تتوارثا هذا هو الصواب ونقل بعض العصريين
عن القاضي عبد الوهاب المالكي انه حكى في كتابه رؤوس المسايل عن الشافعي
انه قال لا تثبت الولا للكافر على المسلم انتهى وسعة المسألة في كتاب عبد الوهاب
المشار اليه فلم ارها فيه فهذا النقل غلط نعم حكى عن عبد الوهاب انه قال في
كتابه ان الشافعي قال ان المسلم يرث عتيقه الكافر وهذا نقل منكر ايضا مخالف
للموجود في كتب الشافعي واصحابه ولو كان ناقله توهم ان ثبوت الولا يلزم منه الارث
وعبد الوهاب يجل عن هذا فالله اعلم بصحته ومنها يجوز ان يحمل قول المصنف
باعتاق على ما لو باشر العتق بنفسه وعلى ما لو اعتقه وليه عنه او اجنبي باذنه او
بغير اذنه وصححناه وسبق قريبا انه لو باع عبده من نفسه وصححناه ان
الولا لسيده على ظاهر المذهب وقيل لا واختاره ابن ابي عصرون في المرشد
وقد يفهمه قول المصنف من عتق عليه ولهذا اورد عليه ومنها لو شهد بحرية
عبد او اقر بها ثم اشتراه عتق عليه باقراره وولاؤه موقوف وهذا فيما اذا شهد
او اقر باعتاقه اما لو قال هو حر الاصل فلا حسب لا وارث له لتبين المال ولو عتق

بحل

المكاتب عبدا باذن سيده وجوزناه او كاتب وجوزناه فالذي اليحوم الى
المكاتب نص ولاية فقولان احدهما يكون للسيد واظهرهما يوقف فان
عتق المكاتب كان له وان مات رقيقا او عجز كان لسيده والمسألة بفروعها مذكورة
هناك في المبسوطات **ومنها وقع في الروضة** هنا بان من اعتق عن
غيره بغير اذنه وقع العتق عن المعتق عنه وله الولا دون المعتق وهو سبق قلم
وعبارة الرافعي ومن اعتق عن غيره بغير اذنه وقع العتق عنه وكان الولا له
دون المعتق عنه خلافا لمالك هذا صواب النقل نعم في اطلاقه القول بوقوع
العتق عن المعتق المباشر دون المعتق عنه نظر يعرف مما اسلفناه في الوصايا
وذكره هو هناك فيحمل اطلاقه هنا على الحي الاهل للاذن **قال**
ولا ترث امراة بولا الا من عتيقها واولاده وعتقايه ٥ اما توريثها ممن اعتقت
فلحديث انما الولا لمن اعتق وقد روي النسائي وغيره باسناد جيد ان ابنة
حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك ابنته ومولاته ابنة حمزة فقسم رسول الله صلى الله
عليه وسلم ماله بين ابنته ومولاته ابنة حمزة نصفين قال النسائي وهو اولى بالصواب
من حديث ابن ابي ليلى واما توريثها من اولاده وعتقايه فكالرجل ودليله
نفيه فيما عدا ذلك الحديث المشهور ولا يورث واما حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم قال يرث الولا من يرث المال رواه
الترمذي وقال ليس اسناده بقوي اي لان فيه ابن لهيعة وفي عمرو بن شعيب كلام
تنبيهات منها ما ذكره المصنف هو المعروف وقال الدارمي
لا يرث النسا الا من اعتقن او اعتق من اعتقن وقال ابن سريج وجماعة يرث
والمعروف انهن لا يرثن الا من اعتقن او اعتق او جر الولا اليهن من اعتقن
لانه لا يعصب فيهن ولا يحمل العقل ومنها ذكر المصنف المسألة فيقال
في الفرايض ولا ترث امراة بولا الا من معتقها او منتميا اليه بنسب او ولا وقد
يفهم من اطلاقه انها لو اعتقت امة فنكحت حرا اصليا لا ولا عليه فاولادها
انها ترث من اولاد عتيقها حيث لا مزاحم لها بالنسب وقد نقلا في الروضة ثلاثة
اوجه الصحيح انه لا ولا عليه لمولى الام والثاني نعم والثالث ان كانت حرية

ابن م

الاب مسقطه بان كان عرسا مجهول النسب فلا وان كانت حريته مبنية
على ظاهر الدار او ان الاصل في الناس الحرية فنعم قالا ولو كان معتقا
وزالم عن اصليه فالصحيح ثبوت الولا عليه لموالي الاب وقيل لا ولا عليه
كعكسه انتهى وقضيته ابو داود المروزي في الاشراف انه المذهب خلافا للاستاذ
ابي طاهر لكن قال الرافعي انه ضعيف وقال الامام انه ليس بشي والا عبيد
به زاد الرافعي وان الاول ظاهر المذهب ومنها ذكر الرافعي والمصنف
ان من امه حرة اصلية وابوه رقيق لا ولا عليه لاحد فان اعتق الاب
فهل يثبت الولا لموالي الاب قال الشيخ ابو علي فيه جوابان سمعتهما من شيخي
في وقتين وهما محتملان احدهما نعم لثبوته على الاب وانما ينتفي اولا لرقه والثاني
لا لانه اذا لم يثبت ابتدا فلا يثبت بعد **قلت** والاول هو الجواب
في تعليق الشيخ ابرهيم المروذي والبغوي والتهذيب والكافي والموافق لاطلاق
الجمهور وعلى الوجهين يثبت الولا على الاولاد الحادثين بعد العتق الا اذا قلنا
بالوجه الضعيف ان ولد الحرة الاصلية لا ولا عليه والله اعلم **قال**
فان عتق عليها ابوها ثم اعتق عبدا فمات بعد موت الاب فماله للبنت صورتها
امراة عتق عليها ابوها بشري او غيره ثم اعتق الاب عبدا ثم مات الاب ثم مات
العتيق بعده ولا وارث له ولم يترك الاب عصبة بالنسب فميراث العتيق للبنت
لا لكونها بنت معتقه لان بنت المعتق لا ترث بل لانها معتقة المعتق وان كان
للاب عصبة من النسب وان بعد فميراث العتيق له ولا شي للبنت لان المعتق
ومعتق المعتق متاخر عن عصبة النسب قال الشيخ ابو علي سمعت بعض الناس يقول
قد اخطا في هذه المسئلة اربعمائة قاضي قال في الوسيط فضلا عن غيرهم لانهم
راوها اقرب وهي عصبة له بولاها عليه **قلت** واستبعد المتاخرون
صحة ذلك لكثرة العدد وبعد التوارد منهم على الغلط ولا بعد في ذلك اذ لم ينقل
انهم اجتمعوا في عصر واحد او في قطر واحد وكانت القضاة والعلما والفضلا
اذ ذاك كالنجوم كثرة وحكي ان العام الذي حج فيه الامام احمد البيهقي والاستاذ
ابو القسم القشيري وامام الحرمين اشتمل الحجيج على اربعمائة نفس من قضاة المسلمين

وابينهم

وابينهم اجتمعوا في الحرم واذا اتفق هذا كله في رحلة واحدة فما الظن بعصر
او اعصار فليبك الباكي على العلم وانقراض اهله **فرع** اشترى اخ واخت
اباهما فعتق عليهما ثم انه اعتق عبدا ومات العتيق بعد موت الاب وخلف الاخ
والاخت فميراثه للاخ فقط لانه عصبة المعتق من النسب والاخت معتقة
بل لو كان الاخ قد مات قبل ابيه وخلف ابنا او ابن ابن وان سفل او كان
للاب المعتق ابن عم بعيد فهو اولى من البنت ولو مات هذا الاخ بعد موت
الاب ولم يخلف الا اخته فلها نصف ميراثه بالاخوة ونصف الباقي لان لها
نصف ولا الاخ لاعتاقها نصف الاب فيسترسل الولا على اولاده ويكون
لها نصف ولا الاخ وللاخ نصف ولاها فيجتمع لها ثلاثة ارباع الميراث ولو مات
الاب ثم مات الابن ثم مات العتيق ولم يخلف الا البنت فلها ثلاثة ارباع الميراث
ايضا النصف لانها معتقة نصف المعتق ونصف الباقي لثبوت ولا السراية
على نصف الاخ باعتاقها نصف ابيه والربع الباقي في هذه والتي قبلها لبيت المال
قال والولا لاعلا العصبات عبارة المحرر والولا للكبر مثاله
اعتق عبدا ومات عن ابنين ثبت لهما ولا العتيق ثم مات احدهما عن ابن يكون
الولا لاخيه وان كان ميراثه لابنه انتهى وانما كان كذلك لانه لو مات
المعتق يوم موت العتيق كان عصبته الابن دون ابن الابن وانما عبر
المحرر وغيره بان الولا للكبر تبركا واتباعا لالفاظ الاثار قال الامام ابو داود
ابو بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثون الكبر من الولاء
وزاد غيره ابن مسعود وبلفظ انهم قالوا الولا للكبر والكبر بضم الكاف وسكون
البا يقال فلان كبر قومه اذا كان اقعدهم في النسب والمراد هنا الكبر في الدرجة
والقرب دون السن ولما كان الكبر اقرب كان بالميراث احق كالنسب **فروع**
مات المعتق عن ثلاثة بنين ومات احدهم عن ابن والاخر عن اربعة والاخر عن خمسة
فالولا بينهم بالسوية فاذا مات العتيق ورثوه اعشارا لانه لو مات المعتق
يومئذ ورثوه كذلك ولو ظهر للمعتق مال كان ثلثه لابن الابن وثلثه للاربعة
وثلثه للخمسة لان المال انتقل الى ابائهم ثم من الابا اليهم (ن) لو اعتق عبدا ومات

عن اخ من ابوين واخ من الاب فما له للاخ من الابوين وكذا ولا عتقه
على المذهب فلو مات الاخ من الابوين وخلف ابنا والاخ الاخر فولا العتق
للاخ من الاب دون ابن الاخ من الابوين لان المعتق لو مات بدلا عن العتيق
كان عصبته الاخ من الاب دون ابن الاخ من الابوين ٥ لو مات المعتق
وترك ابني عم احدهما اخ لام نص الامام الشافعي رضي الله عنه على انه اولى بالولا بخلاف
ميراث النسب لانه هنالك ياخذ سدسا ثم الباقي بينهما فاستحق هنالك فرضا
باخوة الام فلم يترجح بها وهنا لا ياخذ فرضا فرجح بها قاله الروياني في التجربة وحكاه
الامام عن القاضي ابي حامد نفسه وقال انه غلط عند المحققين فان اخوة
الام لا يوجب قوة في النسب فكيف يوجب القوة في الولا والوجه الحكم
باستوائهما قال الرافعي واذا تاملت ما ذكرناه في الفرايض علمت ان المذهب
ما حكاه عن ابي حامد وتعجبت مما ساقه الامام ههنا **قال** ومن
مسه رق فلا ولا عليه الا لمعتقه وعصبته اي فان لم يكونوا فالميراث لبيت
المال ولا ولا عليه لمعتق الاصول بحال فانه اعتق مباشرة وولا المباشرة
اقوى وصورته ان يلد رقيقة نسفا من رقيق او حر واعتق الولد واعتق ابوه
او امه ايضا قال الامام الرافعي ويستثنى من استرسال الولا على اولاد المعتق
واحفاده موضعان احدهما وذكر ما قدمناه والثاني من ابوه حر اصلي وذكر
الصورة السابقة ذات الاوجه الثلاثة اصحها لا ولا عليه لان الانتساب
الى الاب والاب حر مستقل لا ولا عليه فليكن الولد مثله **قال** ولو نكح
عبد معتقة فاتت بولد فولاه لمولى الام اي لانه المنعم عليه فانه عتق باعتاق
امه ولا مزاحم له اذ لا ولا على الاب الرقيق ٥ فان اعتق الاب انجر اي الولا
من موالي الام ٥ الى مواليه اي الى موالي الاب لان الولا فرع النسب والنسب
الى الاباء دون الامهات وايضا فان الولا والارث به مبنيان على الاقوى
فالاقوى ولذلك تفرد به الذكور من اولاد المعتق وجانب الاب اقوى
من جانب الام والانجرار من معتق الام الى معتق الاب مروي عن عمر وعثمان
وعلي وابن مسعود وزيد ابن ثابت رضي الله عنهم والاخما لفظهم والمعنى فيه ان يتوب

الولاء

لموالي الام كان لضرورة انه لا ولا على الاب فاذا اعتق وثبت الولا
زالت الضرورة فرددناه الى موالي الاب **قال** ولو مات الاب رقيقا
وعتق الجد انجر الى مواليه اي انجر ايضا عن موالي الام الى موالي الجد لانه
كالاب في النسب والتعصيب فجر ولاه كالاب **قال** فان اعتق الجد
والاب رقيق انجر اي الى موالي الجد على المرجح من الوجهين لما ذكرناه وكما لو مات ابيه صح
الاب رقيقا قال في البسيط فانه ينجر الى معتق اب الاب بلا خلاف فان اعتق
الاب بعد انجر الى مواليه اي الى موالي الاب لان مولى الجد انما جره لرق
الاب فاذا اعتق كان مولاه اولى بالجر وقيل يبقى لمولى الام حتى يموت
الاب فيصير اي حينئذ الى موالي الجد ٥ لان الاب باق رقيق والعتق فيه
ممكن والولا المجرور سبيله ان يستقر وهذا يؤدي الى ان لا يستقر مهما اعتق
الاب **تنبيهات** منها ان الكتاب فيه نقص وابهام وعبارة المحرر
وان اعتق الجد اولا والاب رقيق فهل ينجر الى الجد فيه وجهان ان قلنا نعم وهو
الاقرب فاذا اعتق الاب انجر من موالي الجد الى مواليه وان قلنا لا يبقى لمولى
الام حتى يموت الاب فينجر الى موالي الجد انتهى وقال في الشرح ولو عتق الجد
والاب رقيق فهل ينجر من موالي الام الى موالي الجد فيه وجهان كالوجهين فيما
اذا اسلم الجد والاب حي كافر هل يحكم باسلام الطفل اظهرهما انه ينجر ثم قال
والثاني وبه قال ابو علي ابن ابي هريرة والطبري لا ينجر وعلى هذا فلو مات الاب
بعد عتق الجد فهل ينجر الى مولى الجد بالعتق السابق فيه وجهان احدهما نعم
لانه انما لم ينجر لبقاء الاب قنا فاذا مات زال المانع والثاني لا لانه لما امتنع
الجر عند العتق استقر الولا لمولى الام فلا يجر بعد ذلك وهذا كما انه اذا اسلم
الجد والاب حي كافر وقلنا لا يتبعه الطفل في الاسلام فاذا مات الاب كافرا
لا يتبعه ايضا وكونه الطفل مع ابويه وهما كافران لا يحكم باسلامه فاذا ماتا كافرين
لا يحكم باسلامه ايضا لدوام التبعية وهذا اصح عند الشيخ ابي علي والاول هو المذكور
في التهذيب انتهى وخلط من شرح الكتاب هنا فاخذ عليه هذا الوجه الثاني
من هذين الوجهين فعلله اصلها المفرعان عليه وهو الثاني في الكتاب وساق

وساق كلام الرافعي الى آخره وادعى ابن الرفعة في الكفاية ان الوجه السابق
في الكتاب هو الاصح في النهاية ولم يذكر غير ذلك وهو سهو منه وعبارة النهاية
بعد التصوير فهل ينجر الولا الى معتق الجد فعلى قولين مشهورين احدهما انه
ينجر اليه بان الجد اصل المولود من قبل ابيه وقد حصل العتق فيه والثاني
انه لا ينجر الولا باعتاق الجد فان الاب باق رقيق والعتق فيه ممكن فلو
قلنا لو اعتق الاب انجر من معتق الجد الى معتق الاب فهذا ولا مجرود وغير مستقر
وهو بعيد وان قلنا لا ينجر من معتق الجد الى معتق الاب فهو بعيد في الوجه
ان يقول لا ينجر الى معتق الجد اصلا والاصح الوجه الاول وهو انه ينجر
الى معتق الجد ثم ينجر منه الى معتق الاب والذي يحققه من مذهب الائمة
ان الاب لو مات رقيقا فاعتق بعتق الجد اب الاب فينجر الولا من مولى الام
الى معتق الجد وجها واحدا فانه يستقر ولا يتوقع فيه بعد ذلك انجرار
انتهى لفظه ⊙ قال ابن الرفعة ظاهر كلام التنبيه يفهم ان محل الوجهين
اذا كان الاب حيا وهو قول الشيخ ابي حامد وقال ان الاب لو كان ميتا
انجر الولا قولا واحدا وعلى ذلك جرى الامام **قلت** وادعى الغزالي
في بسيطه انه لا خلاف فيه وقال ابن الصباغ ان عليه اكثر الاصحاب وقال القاضي
ان محلها اذا كان ميتا فان كان حيا لم ينجر قولا واحدا وخرج من مجموع الطريقين
ثلاثة اوجه حكاها في المهذب ثالثها الفرق بين ان يكون ميتا فينجر وهو ما اختاره
في المرشد يعني ابن ابي عصرون ⊙ لو كان للعبد ولدان حران امهما معتقة
فاشتريا اباهما دفعة واحدة انجر ولا نصف كل واحد منهما الى صاحبه وترك النصف
الآخر لموالي الام ذكره الرافعي في الكلام على امتناع العتق بالمرض وهذا متفرع
على طريقة الجمهور الاسد واما على تخريج ابن سريج ومن تبعه فيبطل عتقهما ولا موالي
الام ن قال القاضي ابو الطيب قولنا ينجر الولا مجاز فان الولا لا ينجر وانما
يبطل ولا موالي الام ويثبت ولا موالي الاب انتهى **قلت** فلو انقرض بعد
ذلك موالي الاب لم يرجع الولا الى موالي الام بل يخلفهم المسلمون ويستقل الى بيت
المال والله اعلم **قال** ولو ملك هذا الولد اباه يعني ولد العبد من العتيقة

حر ولا اخوته اليه اي بلا خلاف كما صرح به المحرر وغيره **قال**
وكذا ولا نفسه في الاصح **قلت** الاصح المنصوص لا يجر والله اعلم وهذا اما
صححه الرافعي في الشرحين وقال انه المنصوص وهو ما عليه الجمهور من اصحابنا
وغيرهم وما ادري كيف اتفق وقوع ترجيح خلافه في المحرر وبسط الكلام في
المسئلة فنقول محل الانجرار من موالي الام الى موالي الاب اذا عتق كما سبق مفروض
فيما اذا لم يكن الولد قد باشر بالعتق اما لو كان بان اشتراه اباه و الجد بعد
رقيق فانه يعتق عليه ويكون ولاه له وهل يكون ولاه باقيا لموالي الام ام لا
فيه وجهان قال الرافعي اصحهما وهو المنصوص لا بل يبقى ولاه لموالي الام لانه
لا يمكن ان يكون له على نفسه ولا ولهذا لو اشترى العبد نفسه فيعتق ويكون
الولا للسيد وكذا المكاتب اذا عتق باداء النجوم واذا تعذر الجر بقي في موضعه
والثاني وينسب الى تخريج ابن سريج واختاره ابو خلف السلمي انه ينجر كما لو اعتق
الاب غيره ثم يسقط ويصير حرا لا ولا عليه انتهى وقال الشيخ ابرهيم المروذي
اذا ملك هذا الولد اباه فعتق عليه كان له ولا الاب ويجر اليه ولا اولاده كانوا
من امه او من معتقة اخرى وهل يجر ولاه الى نفسه قال مالك والشافعي وابو حنيفة
رضي الله عنهم لا يجر وولاه باق لموالي امه لان الانسان لا يكون مولى لنفسه
كما لا يعقل عن نفسه ولموالي امه ايضا ولا الاب واولاده الذين جر ولاهم اليه
لانه مولى مولاهم وقال ابن سريج وهو قول عمرو بن دينار وقياس اصل الشافعي
يقتضي ان يجر ولاه الى نفسه من موالي امه فيصير حرا لا ولا عليه قال الشيخ ابو خلف
الطبري هذا هو الاصح عندي على اصل يعني الشافعي لان عتق الاب سبب لجر
ولا اولاده الى مواليه نفسه فيبعد ان يقال يجر ولا بعض الاولاد دون بعض
مع التساوي في الدرجة وقولهم لا يكون الانسان مولى نفسه صحيح ولكنه يصير
حرا ولا علي لمن اشترى نفسه من مالكه يصح الشراء ويعتق ولا يقال لا يصح لان
الانسان لا يصير مالكا لنفسه حولها انتهى لفظه واحتجاج الرافعي وغيره
بان من اشترى نفسه يكون الولا عليه لسيده يمنعه من قال بهذا الوجه
وسبق فيما احسب التصريح به **فروع** اوردها المروذي اثر ما سبق

عنه عبد تزوج بمعتقة وولدت بنتين منه فاشترت احداهما اباها وعتق
عليها فله ولاؤه ويجر اليها ولاء اختها وهل يجر اليها ولاء نفسها على ما ذكرنا فان
مات الابن فللبنتين الثلثان بالنسب والباقي للمعتقة فان ماتت التي لم
تعتق الاب بعد موت الاب فلاختها النصف بالعصبة ولها الباقي لانها
مولاة ابيها ولو ماتت المعتقة ثم ماتت الاخرى كان لاختها النصف بالفرضية
والباقي لموالي امها في قول الجمهور وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج
لبيت المال ن ولو اشترت البنتان اباهما وعتق عليهما فالولاء لهما وجر
الى كل واحدة نصف ولاء اختها فنصيب للكبرى نصف ولاء الاب ونصف ولاء
الصغرى وكذلك للصغرى نصف ولاء الاب ونصف ولاء الكبرى وبقي نصف
ولاء كل واحدة منهما لموالي امها في قول الجمهور وفي قول عمرو بن دينار وتخريج
ابن سريج نصف كل واحدة لحرية ولا ولاء عليه فان مات الاب فالذي بينهما نصفين
الثلثان بالفرضية والباقي بالولاء فلو ماتت احداهما بعد الاب فلاختها النصف
بالفرضية ولها نصف الباقي بجر الولاء ونصف النصف وهو الربع لموالي امها
في قول الجمهور وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج لبيت المال فان ماتت
احداهما قبل موت الاب فميراثها للاب واذا مات الاب بعد ذلك فللبنت الباقية
النصف بالفرضية ولها نصف الباقي بالولاء على ابيها ونصف نصفه الباقي وهو
ثمن المال بما جر ابوها اليها من ولاء اختها فيحصل للاخت الباقية سبعة اسهم
من ثمانية وسهم لموالي امها وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج الثمن لبيت
المال انتهى ولا يخفى عليك بعد هذا قياس ما ذكره وصور الباب وتفريعاته
لا تنحصر وبالله التوفيق

كتاب التدبير

هو في اللغة النظر في عواقب الامور وفي الشرع تعليق العتق بدبر الحياة قال
الامام التدبير في وضع الشرع اسم لتعليق العتق بالموت كقوله لعبده انت حر بعد
موتي او قال دبرتك وقال ابراهيم المروذي وغيره هو في الشرع اسم لتعليق العتق دبر الموت
سمي به لوقوع العتق دبر موته او للنظر في عواقب امره انتهى وكانهم يدبرونه
موته عقب موته وقول الامام انه تعليق العتق بالموت اورد عليه ما لو
قال اذا مت فانت حر قبل موتي بشهر مثلا فمات فجاة فهو تعليق عتق
بالموت وليس بتدبير لانه يعتق من راس المال والتدبير ماخوذ من
الدبر لان الموت دبر الحياة وقيل لانه دبر امر حياته باستخدامه وامر آخرته
بعتقه وهو راجع الى الاول لان التدبير في الامور ماخوذ من لفظ الدبر
ايضا وكان معروفا في الجاهلية فاقره الشرع وقال الماوردي اختلف في تسميته
تدبيرا على ثلاثة اوجه احدها لانه يعتق عليه دبر الحياة وهو آخرها والثاني
انه لم يجعل تدبير عتقه الى غيره والثالث لانه دبر امر حياته باستخدامه
وامر آخرته بعتقه واختلف اصحابنا في انه ابيح على وجهين انه متقدم في
الجاهلية اقره الشرع في الاسلام على ما كان عليه في الجاهلية فصار بالاقرار
شرعا والثاني انه مبتدا في الاسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمون فاستغنوا
بالعمل عن نقل النص فصار بالنص شرعا وصار العمل على النص دليلا فدبر
المهاجرون والانصار رضي الله عنهم ودبرت عايشة امة لها واجمع المسلمون على
جوازه انتهى واحتج الشافعي والاصحاب للباب بالحديث المشهور من طريق
ان رجلا دبر غلاما ليس له مال غيره فقال صلى الله عليه وسلم من يشتريه مني الحديث
وهو في الصحيحين **قال** صريحه انت حر بعد موتي او اذا مت
او متى مت فانت حر لانه لا يحتمل غيره وهذا ثابت النصاح وكان الاحسن
ان يقول وصريحه مثل كذا وكذا لانه قد يتوهم الحصر فيما عدده وليس كذلك فانه
لو قال حررتك بعد موتي او اذا مت فانت عتيق او محرر ونحو ذلك كان صريحا
جزما وعبارة المحرر وقول القائل لعبده انت حر او عتيق بعد موتي الى آخره
وليس فيها ما يوهم الحصر اما قول ابن الرفعة والكناية في التدبير ان يقول اذا
مت فانت حر تسبق قلم **قال** وكذا دبرتك وانت مدبر على المذهب
هذا ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه هنا ونص في الكتابة على ان قوله كاتبتك
على كذا لا يكفي حتى يقول فاذا اديت فانت حر او ينويه وفيهما طريقان احدهما

في كل منهما قولان نقلا وتخريجا احدهما انهما صريحان لاشتهارهما
في معنييهما كالبيع والهبة وثانيهما كنايتان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق
والمذهب تقرير النصين وفرقوا بوجهين احدهما ان التدبير مشهور لا
يخفى على احد والكناية لا يعرفها الا الخواص وثانيهما ان التدبير كان
معروفا في الجاهلية في معناه والشرع قد قرره ولا استعمال في معنى اخر والكناية
تقع على العقد المعلوم والمراسلة وعلى المحاربة مثل كاتبك كل يوم بكذا فلا
بد من التمييز او النية وقيل التدبير صريح قطعا وفي الكناية قولان **تنبيهان**
قال الماوردي واذا كان التدبير صريحا ثبت حكمه في كل من تلفظ به وبعد
سواء عرف حكمه او لم يعرف كصريح العتق والطلاق انتهى وفي اطلاقه نظر وينبغي
ان يجري فيه جميع ما سبق عند قول المصنف في كتاب الطلاق ولو لفظ عجمي به
بالعربية وسبق عن ابن الصلاح ان من لم يعرف الا الطلاق فهو صريح فقط
وانه لو قال العربي فارقتك ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه لا يكون صريحا
كما جزم به الدوباني وما نحن فيه اولى بذلك لان لفظ التدبير لا افادة العتق
بعد الموت لا يعرفه الا الفقها وذكر الماوردي في كتاب الكناية عن ابي اسحق
ان الشافعي انما جعل التدبير صريحا في العتق من العالم فلو كان من جاهل
كان كناية ورد عليه فان صريح الطلاق وكنايته يستوي فيها الجاهل والعالم
كذلك التدبير انتهى وفي قوله نظر وذكر الرافعي هناك عن الشيخ ابي حامد
ان ابا اسحق قال لو كان الرجل حديث عهد بالاسلام او جاهلا بالاحكام
لا يعرف التدبير لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير حتى ينضم اليه نية او زيادة
لفظ **قلت** وهذا حق وان فهم فاهم انه وجه او طريقة غريبة والقول
بصراحة لفظ التدبير بمجرده بموضع لا يعرفه اهله ولا اشتهر استعماله بينهم بعيد
ولو اشتهر في الاستعمال لفظ للتدبير لا يفهم منه غيره كانت بعد موتي حرام
لوجه الله او اذا مت فانت حرام على وارثي ونحوها فيشبه ان يجي في صراحته
كما اشرت اليه في العتق الخلاف المذكور في الطلاق في قوله حلال الله علي حرام
ونحوها **قال** ويصح بكناية عتق مع نية كخليت سبيلك بعد موتي (ن)

كان

كان الاحسن ويصح بكناية وكنايات العتق كنايات فيه وقال الماوردي
واما الكناية فهو ان يقول اذا مت فانت حرام او مسيب او مخلا او مالك
لنفسك الى نظائر هذه الالفاظ المحتملة فان ارادها العتق صار تدبيرا
والا فلا واعتبار الارادة يكون مع لفظه قلت ويجي هنا ما سبق في مقارنة
نية كناية الطلاق قال ويكون السيد هو المسئول عن ارادته هل اردت
به العتق او لم ترد ولا يسئل هل اردت به التدبير او لم ترد قال ولو اطلق
هذه الالفاظ ولم يعلقها بالموت جاز ان يريد بها العتق الناجز وان يريد بها
التدبير بعد الموت وجاز ان لا يريد بها واحدا منهما فيرجع الى ارادته فما ذكر
فيها من شي قبل قوله فان قال اردت به التدبير فقال العبد بل اردت به
العتق الناجز احلف له ولو قال لم ارد به فقال العبد بل اردته لم يحلف
السيد له لان التدبير ليس بلازم بخلاف العتق الناجز **قلت** لكن
لو كان اختلافه مع الوارث انه اراد به التدبير وانت تعلم احلف له على
نفي العلم وقوله اولا ويكون السيد هو المسئول عن ارادته يفهم ان الوارث
لا يسئل بعد موته والظاهر ان العبد اذا ادعى اطلاعه على ارادته العتق
او التدبير بذلك انه يحلف له بل ينبغي للقاضي ان يحلفه للصبي والمجنون والاعجمي
الذي لا يعقل وللغائب اذ ربما تعترف بذلك فان نكل ترك الى ان سأل
العبد للحلف او تقدم فترد اليمين عليه ان شا فيحلف اذا غلب على ظنه ارادة
السيد العتق الناجز او التدبير كذا خطر لي فتامله **فرع** لو قال
دبرت يدك او رجلك فهل يصح ويكون كله مدبرا او يلغو فيه وجهان بنيا
على ما لو قال دبر يدك او رجلك **قلت** ويشبه انه كناية كما هو المذهب
فيما بني عليه ولو قال دبرت وجهك او راسك فهل يكون كقوله دبرتك بدنك
بالبنوت او كدبرتك او كدبرت يدك فيه نظر **قال** ويجوز التدبير
مقيدا كان مت في هذا الشهر او المرض فانت حر ومعلقا كان دخلت الدار
مثلا فانت حر بعد موتي فان وجدت الصفة ومات عتق والا فلا اي لانه لا
يصير مدبرا ما لم يدخل وكذا لو قال ان دخلت الدار فانت مدبر فان هذا تعليق

تدبير بالدخول والتدبير بعد التعليق لانه اما وصية او تعليق عتق
بصفة وكلاهما يقبل التعليق قال اصحابنا التدبير ضربان مطلق ومعلق
يعلق العتق بالموت بلا شرط ومقيد بشرط في الموت كان مت حتف انفي او بقتل
او مت من مرض هذا او في هذا الشهر او العام او المرض او البلد او السفر
او الحج او الغزو ونحوها فانت حر فان مات على الصفة المذكورة عتق لوجود
المعلق عليه والا فلا لعدمه قاله الرافعي ونقل الروياني في جمع الجوامع عن
نصه في البويطي انه قال اذا قال ان مت من مرضي هذا او في سفري هذا
فمات من مرضه او في سفره كان حرا الكنه وصية وليس بتدبير ونقل القاضي
ابن كج مثله عن النص ويمكن ان يكون هذا مصيرا الى ان التدبير هو تعليق العتق
بمطلق الموت وانه لا ينقسم الى مطلق ومقيد والظاهر الاول ونظيره فائدة
الخلاف في الرجوع على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وقال في شرح الصغير وقيل كذا
وكذا ولم يذكر النص ثم قال والظاهر الاول **قلت** ولفظ مختصر
البويطي على ما رأيته وان قال انت حر ان مت من مرض هذا او في سفري هذا
او في عامي هذا فهذه وصية وليس بتدبير انتهى ولم يصرح بعزوه الى الشافعي بل
ذكره بعد قوله قال ابو يعقوب كذا وكذا بنحو عشرة اسطر وظاهر السياق
والعطف انه من كلام البويطي نفسه وحينئذ يحسن قول الرافعي في الشرح
الصغير وقيل كذا ورأيت الاصحاب ينسبون اشياء الى كتاب البويطي ويكون
من كلامه لا من كلام الشافعي ويظن بعضهم انها من كلام الشافعي فيصرح بها
عنه والله اعلم **تنبيه** قول المصنف ومعلقا يفهم ان المعلق قسيم المقيد
وعبارة المحرر ويجوز التدبير مطلقا على ما صورناه ومقيدا فذكره ثم قال
ويجوز تعليق التدبير فذكره وهو احسن واوضح وعبر الشيخ عن ذلك بقوله ومعلقا
وسكت عن المطلق الذي هو قسيم المقيد اجتزاء بما صدر به الباب من امثلته **قال**
ويشترط الدخول قبل موت السيد اي كسائر الصفات المعلق عليها التدبير
فان مات السيد قبل الدخول او غيره من الصفات المعلق التدبير عليها فلا تدبير
ولغا التعليق الا ان يصرح بخلافه كما سنذكره **قال** فان قال ان مت

ثم

ثم دخلت فانت حر اشترط دخول بعد الموت اي عملا بمقتضى تعليقه
قال الامام وليس يخلو تعليق عتق العبد بالدخول بعد الموت عن احتمال
من طريق المعنى وقد رمز اليه القاضي ثم قال وليس من الحزم افساد قاعدة
المذهب بمثل هذا **قال** وهو اي الدخول بعد الموت على التراخي
اي فلا تشترط فيه المبادرة بل متى دخل عتق اذ ليس في لفظه ما يقتضي
الفورية ولو قال اذا مت ودخلت الدار فانت حر قال في التهذيب يشترط
الدخول بعد الموت الا ان يريد الدخول قبله ولو قال اذا مت فدخلت الدار
او اذا مت فانت حر ان دخلت الدار فعلى ما سنذكره في التعليق بالمشيئة **قال**
وليس للوارث بيعه قبل الدخول اي على الصحيح اذ ليس له ابطال تعليق الميت
وان كان له ان يطلق كما لو اوصى لانسان بشيء ومات لا يجوز للوارث بيعه وان
كان للموصى ان يبيعه وقيل للورثة بيعه لان احد شرطي العتق لم يوجد فصار
كما لو قال ان اكلت هذين الرغيفين فانت حر فاكل احدهما لا يمتنع بيعه هكذا
قاله الرافعي وما ذكره من توجيه الوجه الاظهر لخصه من كلام الامام وقال
الامام في اخره هذا منتهى ما جرى به الفكر واعلم ان المتبادر من قولهما ان
الدخول على التراخي وانه ليس للوارث بيعه ان الدخول يبقى الى حين العبد
وشهوته ابدا وانه لا يعرض عليه الدخول فان امتنع بلا عذر ترك وفيه نظر ظاهر
اذ قد يكون عاجزا لا منفعة فيه ولا اخذ منه اصلا فيبقى كلا على الورثة وقد يكون
المعلق عتقهم على الدخول ونحوه بعد الموت جماعة من العبيد ويريد الورثة
القسمة والتصرف وفي منعهم من ذلك لا الى غاية اضرار بين وعبارة الدارمي
رحمه الله ان قال ان فعلت كذا بعد موتي فانت مدبر او حر او عتيق عن دبر
مني ففعله بعد موته عتق فان اراد وارثه بيعه قبل فعله فوجهان احدهما لا يجوز فيقال
له ان فعلت كذا والا جعلنا لهم التصرف فيك انتهى وهذا متعين ويجب تنزيل اطلاق
من اطلق على ما اذا سكت الورثة عنه ويوضح ذلك ان الامام والرافعي شبهاه المسألة
بقبول الموصى له الوصية ثم رأيته قال في كلامه على التعليق بالمشيئة واذا لم
نعتبر الفور فيها بعد الموت فعن القاضي ابي حامد انه تعرض عليه المشيئة فان امتنع

فالورثة بيعه وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت يعرض عليه
الدخول وهذا كما انه يقال للموصى له اما ان تقبل الوصية واما ان ترد وهل
للورثة بيعه قبل المشية وعرضها عليه فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق
انتهى وقد قال الاصحاب هناك انه اذا لم يقبل ولم يرد حجر الحاكم عليهما بطلب
الوارث فان لم يفعل حكم عليه بالابطال وفصل الماوردي فقال ان لم يعلم
فهو على القبول الى ان يعلم فاذا علم فان كان علمه عند انفاذ الوصايا وقسمة
التركة تقبوله فوريا فان قبل والا بطل حقه في الوصية فاما بعد علمه وقبل
انفاذ الوصايا وقسمة التركة فمذهب الشافعي وجمهور اصحابه ان القبول على
التراخي ما لم يصرح بالرد انتهى وعبارته هنا في نسختين ولو قال ان دخلت
الدار بعد موتي فانت حر ما لم تقسم بها الورثة وصار كالموصى
بعتقه انتهى وفيه خلل نشأ من تحريف من اصل صحيح وستبين صوابه من كلامه
على التعليق بمشيئته والله اعلم **اشارة** كلام المصنف يشعر بان هذه الصور
من صور التدبير المقيد وليس كذلك كما سنوضحه **قال** ولو قال اذا
مت ومضى شهر فانت حر فللوارث استخدامه في الشهر اي لبقائه على ملكهم لا يعتق
الى لما اسلفناه من انه ليس للوارث ابطال تعليق المورث قال الرافعي ولو
قال اذا مت ومضى شهر او يوم فانت حر او قال انت حر بعد موتي بيوم فيعتق
بعد يوم من موته ولا يحتاج الى انشاء عتق بعد الموت خلافا لابي حنيفة قال وسياق
الوجيز يشعر بعد هذه الصورة من التدبير المقيد فانه قال والتدبير المقيد
كالمطلق وهو ان يقول ان مت او مت من مرض هذا فانت حر بعد موتي بيوم وعد
التصبيلات قوله اذا مت ودخلت الدار فانت حر وقوله اذا مت ومضى شهر
فانت حر من التدبير المطلق من حيث انه لم يعتبر في نفس الموت شرطا والذي
اورده اكثرهم ان ذلك ليس ذلك من التدبير المطلق ولا المقيد وقالوا انما
علق العتق بصفة بعد الموت كقوله اذا مت وشئت الحرية او شاء فلان او اذا مت
ثم دخلت الدار فانت حر او انت حر بعد موتي اذا خدمت ابني سنة فليس ذلك
بتدبير وانما هو كسائر التعليقات انتهى ولخص في الروضة فقال وهل هذا تدبير مطلق

او مقيد ام ليس بمطلق ولا مقيد وانما هو تعليق ليس بتدبير فيه اوجه
الصحيح الثالث وبه قال الاكثرون انتهى والثاني لا حقيقة له وانما اشعر به
كلام الوجيز فقط بخلاف الوسيط والبسيط والنهاية ولم اره في غيرها والله
اعلم وربما يأبى عن تعليق البغوي ما يشهد للوجيز **فرع** قال الماوردي
لو قال ان دفعت الي عشرة دنانير فانت مدبر صار مدبرا بدفع جميعها لا اكثرها
ولو قال اذا قرأت القرآن فانت مدبر اعتبر قراءة جميعه فلو قرأه الا اية لم يصر
مدبرا فان قال قرآنا صار مدبرا بقراءة اية منه ولو علق تدبيره بعشر صفات
فقلا لم يثبت بوجود تسع بل لا بد من استكماله في حياة سيده انتهى وهذا كله
متفق عليه ومسئلة القراءة نص الام والفرق لتعريف وقول القائل ولو اية تشعر
بعد اعتبار بعض اية وان طال وانه يلحق فيه انه اية قصيرة كقوله تعالى ثم نظر
وفيه نظر وينبغي ان يعتبر قراءة ما تسمى كونه قرآنا حتى لا يلحق البسملة ولا
الحمد لله رب العالمين بمفردها ولم يحك الروياني والا الانفرع النص ولو ابه ولفظ
نص البويطي فقرأ تمام القرآن انتهى فالله اعلم **قال** ولو قال ان شئت
فانت مدبر او انت حر بعد موتي ان شئت اشترطت المشية متصلة اي على الصحيح
كما لو قال لامرأته انت طالق ان شئت وقيل لا يشترط الاتصال فيهما كما لو
قال ان دخلت الدار وعبارة تعليق البغوي عنه وفيه وجه انه يمتد امتداد
المجلس كخيار المجلس وعبارة الحاوي والثاني تعتبر مشيئته الجواب في التحد
فعلى هذا ان شاء في المجلس من غير ان يشرع في غيره ينعقد تدبيره وان شرع
في غيره او قام من مجلسه لم ينعقد فلو قال العبد في المجلس قد شئت ثم قال
لست اشاء انعقد تدبيره بالمشيئة الاولى ولم يبطل بتركها ولو قال ابتداء
لست اشاء ثم قال شئت بطل التدبير ولم يثبت بالمشيئة الثانية اعتبارا باسبقهما
منه انتهى وقد يخرج مما تقدم اربعة اوجه والمحقق منها ثلاثة **قال**
فان قال متى شئت اي او مهما شئت ونحوهما ٥ فللتراخي اي لتصريحه بمقتضاه
فمتى شاء صار مدبرا وفي الحالين تشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات
المعلق عليها الا اذا علق صريحا بالمشية بعد الموت كما سنذكره قال الماوردي

في هذه الحالة وهي كون المشيئة متراخية في حياة السيد فقال في حياته
قد شئت ثم قال لست اشاء بطل التدبير بالمشيئة ولم يبطل بالرجوع المتاخر
ولو قال لست اشاء ثم قال شئت ثبت التدبير بالمشيئة المتاخرة ولم يبطل
بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم لان المشيئة هنا على التراخي فراعينا وجودها
متقدما ومتاخرا وهناك على الفور فراعينا ما تقدم انتهى **فرع**
ملخصه من الرافعي اذا علق بمشيئة الموت فانما يحصل التعليق بمشيئته بعد ثم
ينظر في لفظ التعليق ان قال انت حر بعد موتي ان شئت بعد الموت او اقتصر
على قوله ان شئت وقال اردت بعد الموت قال الامام لا تشترط الفور بلا
خلاف لانها اذا تاخرت عن الخطاب واعتبر وقوعها بعد الموت لم يكن لاشتراط
ايصالها بالموت معنى وفي التهذيب وغيره ذكر وجهين فيما اذا قال اذا مت شئت
بعد موتي فانت حر ان المشيئة تكون على الفور او التراخي والصورة كالصورة
قلت وفي الحاوي ولو قال انت حر اذا مت ان شئت كان عتقا بصفة
بعد الموت فيعتبر فيه مشيئة العبد بعد موت سيده وهي على الفور بعد موت سيده
وهي على الفور او فيه بعد على ما ذكرناه من الوجهين فلو شاء قبل موت سيده
فوجهان من اختلاف اصحابنا في معنى قول الشافعي وسواء قدم المشيئة او اخرها
فذهب البغداديون الى انه اراد سواء قدم المشيئة قبل الموت او اخرها بخلاف
قوله اذا مت فشئت ان الفاء في المشيئة توجب التعقيب فعلى هذا يعتق اذا شاء
قبل موت سيده ويكون تدبيرا ولو لم يشأ الا بعد موت سيده عتق وكان
عتقا بصفة بعد الموت وذهب البصريون الى انه اراد سواء قدم المشيئة من لفظه
او اخرها يكون مشيئته معتبرة بعد الموت ولا تاثير لها قبل الموت فان شاء بعد
الموت عتق والا رق للورثة انتهى ۝ قال الرافعي ولو قال اذا مت فشئت
فانت حر فاصح الوجهين وبه اجاب الاكثرهم انه تشترط اتصال المشيئة بالموت لو ان اتى
لا كما لو قال ان شئت واراد ايقاع المشيئة بعد الموت وصححه الصيدلاني **قلت**
وكان الماوردي يعد التصوير ومشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه
بموته وهل يكون سببه مشيئة قبول او مشيئة تخيير على ما ذكرناه من الوجهين ولا

يكون

يكون هذا تدبيرا وان كان الموت شرطا في عتقه لان التدبير هو العتق
الواقع بالموت وهذا عتق يقع بصفة بعد الموت انتهى ويجري الخلاف فيما لو
قال اذا مت فدخلت الدار فانت حر وفي ساير التعليقات والصحيح اعتبار
الفور متصلا ۝ ولو قال اذا مت فمتى شئت ونحوها فانت حر لم يشترط ايصالها
بالموت بلا خلاف كذا اطلق الرافعي وقال الماوردي كانت مشيئته بعد
الموت على التراخي ممتدة الى ان يشرع الورثة في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث
فيصير مشيئته على الفور مضمنا بجواب التخيير وجها واحدا ولا يعتبر فيه فوت
القبول فمتى شاء في مجلس تخييره عتق والا رق ان اخر انتهى واذا وقف
عتقه على مشيئته فنفقته من كسبه ان كان كسوبا فان شاء عتق وعن القاضي ابي
الطيب ان ما بقي من كسبه يكون على قولين كالكسب الموصى به قبل القبول قال
الشيخ ابو نصر وعندي ان الفرق بينهما ظاهر وينبغي ان يكون الكسب هنا
للورثة قولا واحدا كذا ذكر الشاشي ولو قال اذا مت فانت حر ان دخلت
الدار فان كانت له نية بتقديم او تاخير اعتبرت وان اطلق فاظهر الوجهين حمله
على الدخول بعد الموت ۝ قال الرافعي ولو قال اذا مت فانت حر ان شئت
او اذا شئت او قال انت حر اذا مت ان شئت فان قال اردت به المشيئة في الحياة
او بعد الموت اعتبرت ارادته وان قال اطلقت فاصح الاوجه وبه اجاب الاكثرون
منهم العراقيون حمله على المشيئة بعد موته وتكون على الفور وقضيته ما في الوجيز انه
لا يشترط الفور **قلت** انما اجاب به بعض العراقيين وقال الامام انه
الذي صححه العراقيون وعليه لا يشترط ان يكون المشيئة عقب الموت زاد ابن الرفعة
ويجيء فيه وجه انتهى وسبق نقل الماوردي عن البغداديين وهو مقالة اخرى وتابعها
حمله على مشيئته في الحياة وبه جزم القاضي الحسين وقال الامام انه متجه ونعمه
على الفور على الظاهر وبانها لا يحصل العتق الا ان شاء في الحياة وشاء بعد
الموت لتردد اللفظ بين المعنيين فاذا لم يتحققا لم يحصل الثقة بالعتق **قلت**
وبه اجاب الجويني في الفروق وقال في البسيط تبعا للفوراني انه المشهور وشرط
الجويني في مشيئته الحياة ان تكون في المجلس فيحتمل ان يريد الفور او مجلس الجواب

ثم قال الرافعي ويجري هذا الخلاف في سائر التعليقات مثل ان دخلت الدار
فانت طالق ان كلمت فلانا ايعتبر الكلام بعد الدخول ام قبله قال الامام
ويقرب من هذا اشكال فيما لو قال لعبده ان رايت عينا فانت حر والعين اسم
مشترك بين الباصرة وعين الماء والدينار واحد الاخوة من الاب والام ولم
ينو المعلق شيئا فهل يعتق اذا راى شيئا منها فيه تردد والوجه الحكم بالعتق
وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسئلة المشيئة ولك ان تقول انه لم تكن المسئلة
كالمسئلة قبلها الدوام وان كانت وذاتها فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة
وحدها وبالمشيئة بعد الموت وحدها كما في مسئلة العين وهذا وجه وذا الوجوه
الثلاثة انتهى قلت وهذا نحو ما نقله الماوردي عن البغداديين او هو
وعلى اعتبار وجود المشيئتين وقد ادعى الفوراني والغزالي انه المشهور نحو ان
يقال في صورة العين عند الجهل بارادة المعلق انه لا يعتق الا برؤية كل ما
يسمى عينا ليتحقق وجود الصفة قال الرافعي ومهما اعتبرت بعد الموت على
الفور فاخرها بطل التعليق قلت وفي فورها ما تقدم واذا لم يعتبر
الفور كقوله متى شئت فعن القاضي ابي حامد وذكر ما قدمناه من كلامه في اخر
الفصل قبله وسبق قول الماوردي ان مشيئته المتراخية بعد الموت ممتنع الى
ان شرعوا في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث الى اخر ما سبق عنه وهو لا يخالف
كلام القاضي ابي حامد بل هو كالشرح له فيما احسب

فوائد وتتمات

منها اطلق الرافعي وغيره انا اذا اعتبرنا في المشيئة بعد الموت فتاخرت
انه يبطل التعليق ويجب تنزيله على العالم بها المتمكن منها وسبق قول الماوردي
ان مشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته وحينئذ يقال لو لم يعلم
العبد بموت سيده وتعليقه بعينه ونحوها ثم علم ان مشيئته لا تسقط فاذا شاء عند
علمه بموته وتعليقه اعتبرت مشيئته وكذا لو مات السيد والعبد نائم او مغمى عليه
او جن عند موت السيد ثم استيقظ وافاق وعلم بسائر الفور صحت مشيئته
ومنها ذكر الدارمي انه ان قال اذا مت فشئت او وشئت او ثم شئت او ان
شئت بعد موتي فانت حر ونحو فان شاء عقب موته عتق ومشيئته قبله لا توثر

ولا يعتد بزمان الا ان يقول اذا مت فمتى شئت فانت حر انتهى وما
قاله في عدم ثبوت منازع فيه والتسوية بينهما وبين ثم بعيد ومنها قال
الماوردي لو قال السيد ان شاء زيد فانت حر اذا مت او متى ما شاء زيد فانت
حر بعد موتي فمشيئة زيد على التراخي قبل موت السيد وبعده في مشيئته حكم
ان واذا ومتى بخلاف تعليقه بمشيئة العبد الذي تختلف فيها حكم ان ومتى
والفرق ان التعليق بمشيئة زيد صفة يعتبر وجودها فاستوى فيها قرب الزمان
وبعده وتعليقه بمشيئة العبد تمليك او تخيير فاختلف فيه قرب الزمان وبعده
ومنها ذكروا ان تعليق الطلاق بمشيئة الزوجة وغيرها من مكلف
وصبي ومجنون وبهيمة فروعا وتفاصيل كثيرة لم ارهم تعرضوا لها في كتابي
العتق والتدبير وقدمنا من ذلك جملة وينبغي تامل ذلك ويلحق بالبابين
منه ما يتوجه الحاقه بهما ومن غريب ما تقدم قول الماوردي اذا قال لها انت
طالق اذا شئت يكون على التراخي فمتى شاءت طلقت لانها شرط في الوقت
وجميع الاوقات متساوية بخلاف ان فانها شرط في الفعل وهو مقصود فيراعى
تقديمه ولذلك اعتبر فيها الفور ودل كلامه على انه اذا علق بمشيئة اجنبي
لا على وجه الخطاب بان انه يشترط الفور وبه صرح العراقي وغيره ودعا سبق
ومنها لو قال ان شاء فلان وفلان فعبدي حر بعد موتي لم يكن مدبرا الا
اذا شاءا جميعا وهكذا لو كانوا مائة قال الرافعي ولو قال اذا مت فشئت فانت
مدبر فهذا القول لا يتدبر لا يحصل بعد الموت وكذا لو قال اذا مت فقد
دبرت هذا العبد قلت وقد يقال في الصورة الاولى ان المعنى فانت مدبر
الان لا بعد الموت حملا لكلام المكلف على الصحة ولا سيما اذا كان القائل يجهل ان
الفاء للتعقيب وقد قال الدارمي انه لو قال ان فعلت كذا بعد موتي فانت مدبر
ففعله بعد موته عتق وقال صاحب الخصال صرائح الفاظ التدبير ستة اشياء انت
مدبر او انت حر بعد موتي او انت عتيق عن دبر او انت حر عن دبر او قال ان شئت
فانت مدبر بعد موتي هذا لفظه ومنها في تعليق البلوغ لو قال ان مت
فبلغت اشترط بلوغ بعد الموت على الفور وكذا لو قال ان مت فدخلت الدار

اشترط الدخول عقب الموت على الفور ومن اصحابنا من قال ليس هذا
بتدبير بل تعليق عتق بالصفة بعد الموت قال والنص يدل على انه تدبير قلت
وما ذكر عن بعض الاصحاب هو الموافق لما سبق عن الجمهور قال ولو قال اذا
مت وبلغت فهل يشترط بلوغه قبل موته او بعده وجهان كما قلنا في الدخول
انتهى **قال** ولو قال لعبدهما اذا متنا فانت حر لم يعتق حتى يموتا اي
مرتبا او معا لانهما علقا عتقه بموتهما ثم ان ماتا معا فقد قال الروياني وجه
ان الحاصل عتق تدبير لاتصاله بالموت قال الرافعي رحمه الله والظاهر انه عتق
لحصول الصفة لتعلق العتق بموته وموت غيره والتدبير ان يعلق العتق
بموت نفسه وان ماتا مرتبا فعن ابي اسحق لا تدبير ايضا والظاهر انه اذا
مات احدهما يصير نصيب الثاني مدبرا لتعلق العتق بموته وكانه قال اذا مات
شريكي فنصيبي مدبر **قال** فان مات احدهما فليس للورثة بيعه اي لانه
صار مستحق العتق بموت الشريك الاخر نعم نصيبه بين الموتين للورثة فلهم
التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والاجارة لا بيعه على الاصح وفي
كسبه بين موتيهما وجهان قيل من التركة واصحهما انه للوارث خاصة وربما
بنيا على الخلاف في جواز البيع ان جوزناه فهو للوارث والا فمن التركة **تنبيه**
لا خفا ان للباقي من الشريكين مع نصيبه وانه لا فرق بين ان يتفق الشريكان
على القول دفعة او يتقدم قول احدهما على قول الاخر كما صرح به الماوردي
وغيره ولو نجز احدهما عتق نصيبه لم يسر على الاظهر ونص على السريان في البويطي
وصححه في التجريد بدليل جواز البيع قاله الماوردي ولو قال احد الشريكين فقط
اذا متنا فانت حر لم تعتق حصته الا بموتهما سوا تقدم موته او تاخر لكن ان تقدم
موته عتق عليه بالوصية وان تاخر موته عتقت عليه بالتدبير وحصة الاخر باقية
على الرق سوا تقدم موته او تاخر **فرع** نص في الام انهما لو قالا لعبدهما
انت حبيس على اخرنا موتا فاذا مات عتقت فهو كما لو قالا اذا متنا فانت حر
الا ان هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الاول وهنا هي للاخر وكذلك
لو كان لكتب وكان اولهما موتا اوصى بها لاخرهما موتا كذا نقله جماعة عن الام والمحاملي

حـ
المرجح من الامر
والوجه انه يسري
[illegible]
على [illegible]
والشارح احد
ما رجحه [illegible]
[illegible]
وما الحاصل [illegible]
[illegible]
[illegible] علم

بنفي

في المجموع عن رواية المزني في الجامع الكبير وصرح بان المنفعة تكون
موصى بها للثاني وفي الحاوي نحوه وهو انها عارية موصى بها وفي المهذب
اذا قال لا احبس على اخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم في المسئلة قبلها الا ان
المنفعة هنا تنتقل الى الذي لم يمت لا الى الورثة قال الفارقي وهذا
اللفظ لا يقتضي عتقه بعد موتهما وانما يقتضي وقف نصيب كل واحد
منهما على صاحبه بعده لان هذا من الفاظ الوقف وهو وقف منقطع الانتها
والابتدا لانه لم ينتقل في الحال الى صاحبه لانه مشروط بالموت فيصير
كانه قال اذا مت فانت وقف على شريكي ويحتاج الى تمام وهو ان يقول
انت حبيس على اخرنا موتا فاذا متنا فانت حر فان لم يقولا ذلك لم يعتق بعد
موتهما قال ويجب على هذا ان لا ينتقل الى صاحبه لانه وقف باطل ولكن
اذا مات اوكانا قد قالا اذا متنا فانت حر عتق انتهى وفي تعليق الشيخ ابرهيم
المروذي نص الشافعي في الكبير على انهما لو قالا له انت حبيس على اخرنا موتا
فمات احدهما صار العبد وقفا على الثاني ولم يبين شرايط الوقف لان
قصده من هذه المسئلة جواز تعليق الوقف دون شرايط الوقف وهذا
من كلام الشافعي دليل واضح على جواز تعليق الوقف قال اصحابنا هنا
جواب على قولنا ان الوقف ازالة الملك الى الله كالعتق وانه لا يثبت
الوقف بالشاهد واليمين وان قلنا يثبت بالشاهد واليمين الحقناه
بسائر المعاوضات فلا يجوز تعليقه انتهى لفظه **فروع** تختم
بها الفصل قال في الام لو قال لعبده انت حر بعد موتي او لست بحر او انت مدبر
او لست مدبرا او انت حر اولا لم يكن ذلك شيا لانه لم يقطع بالعتق كما لو قال
انت طالق اولا كذا اورده في الشامل وغيره قال في الشامل لان لفظه لفظ الاستفهام
دون الايقاع **قلت** تقدم انه لو قال انت طالق اولا على سبيل الاقرار
لم يلزمه شي وان ذكر في معرض الانشا طلقت كذا ذكره الرافعي في كتاب
الاقرار وحينئذ يجب ان يراجع هنا ويعمل هنا ويعمل بارادته ويحمل النص
على ما اذا اطلق او جهلت ارادته وسبق عن ابن القطان اطلاق القول بانه

لو قال انت طالق او لا طلقت وقاس عليه مسئلة الاقرار فعلى هذا
الوجه في قوله انت حر او لا • في التهذيب وغيره لو قال ان مت فانت
حر فقتل عتق ولو قال ان قتلت فانت حر فمات لم يعتق لان كل قتل موت
وليس كل موت قتل • قال القاضي الحسين اذا كان له عبد لا مال له
غيره واراد ان لا يكون لاحد عليه سبيل بعد موته فطريقه ان يقول هذا
حر قبل مرض موتي بيوم ان مرضت ومت وان لم امرض ومت فجاة او سقطت
من ساهق فهو حر قبلي بيوم فيصح ولا يكون لاحد عليه سبيل ويعتق كله
من راس المال ونحوه قول الماوردي اذا قال لاخيه الذي يملكه انت
حر في اخر اجزا صحتي المتصل باول اسباب موتي ثم مات عتق من راس
المال وورثه لتقدم عتقه في الصحة وحكى فيما لو قال انت حر في اخر اجزا
حياتي المتصل بموتي انه يعتق من الثلث وهل يرثه فيه وجهان احدهما
لا لانها وصيه لوارث والثاني نعم لان الوصية ما ملكت عن الموصي وهو
لم يملك نفسه عنه انتهى وذكر القاضي الحسين فيما لو قال انت حر قبل مرض
موتي بيوم فمات فجاة انه يعتق من الثلث قال ابن الرفعة وفي عتقه نظر لان
الشرط لم يوجد **قلت** ولفظ فتاوى القاضي ولو قال قبل مرض
موتي بيوم فمات فجاة بعد يوم قال يعتق من الثلث لانه علق بالموت كذا
في النسخ بعد متصلا بقوله لو قال لعبده انت حر قبل مرض موتي بيوم فاذا
مات لا خلاف انه يعتق من راس المال ولو قال انت حر قبل موتي بشهر فان
مات بعد ان كان قبل مضي شهر من مقالته لا يعتق اصلا وان مات بعد مضي
شهر فاكثر من وقت اللفظ نظر ان كان قبل موته بشهر صحيحا عتق من راس
المال وان كان مريضا فمن الثلث ثم ذكر ما سبق وهو كلام مظلم والظاهر انه
وقع خلل في النقل او سبق لسان او قلم والله اعلم **فصل قال**
ولا يصح تدبير مجنون وصبي لا يميز اي لعدم اهليتهما للعقود بحال وهذا
في المجنون المطبق اما غيره فهو في حال افاقته التامة كسائر المكلفين فان
كان مطلق التصرف او محجورا بسفه وصححنا تدبيره صح تدبيره ان اتصل

افاقته بالموت وان عاوده الجنون قبله فهل يوثر فيه فيه نظر
ولم يحضرني فيه نقل **قال** ولكذا مميز في الاظهر اي كهبته واعتاقه
ونحوهما هذا ما صححه المراوزة والظاهر منهما كما قاله القاضي ابو حامد
الصحة واختاره الشيخ ابو حامد والمحاملي في المجموع والمقنع وصححه اخرون
كما تقدم في الوصايا في وصيته وجزم به ابن ابي عصرون ههنا وظاهر كلام
الماوردي ترجيحه فانه الحسن في تقريره قالوا لانه منع من التصرف لحظه والحظ
ههنا في جوازه لانه ان عاش لا يلزمه ذلك وان مات بقي له الاجر والثواب
وجزم صاحب الخصال هنا بصحة تدبيره ووصيته وقال القاضي الحسين سر دلوا
يعني المراوزة هذا القول فانه لو باع ما يساوي درهما بالف لم يصح وان
كان نفعه يعود اليه **قلت** وهذا يرده صحة تدبير السفيه وان
وان كان بيعه فيما ذكر لا يصح قال الفارقي الصحيح عندي الصحة وقولهم انه
ليس من اهل العقود يبطل بالسفيه وتحقيقه ان قولنا ان الصبي ليس من
اهل العقود لا نريد به انه ليس اهلا لها حقيقة ولكن الشرع حكم انه ليس
من اهلها لمعنى وهو انه قاصر فالظاهر منه الخسران والتفريط وهذا العقد
لا خسران فيه فصح منه كالسفيه انتهى **تنبيهات** عبارة مجموع المحاملي
والحاوي واما الصبي المميز المراهق فاختلف قول الشافعي في تدبيره ووصيته
وكذا عبر غيرهما وذلك يشعر بانه لا يكفي مطلق التمييز الا اذا راهق معه ويحتمل
ان لا يراد ذلك التقييد وان المعتبر التمييز المتقدم في التخيير بين الابوين وفيه
وقفة والله اعلم • سبق في الوصايا نقل طريقة قاطعة وبها جزم الدارمي هناك
انه لو وهب او اوصى ثم بلغ ثم مات انه ينفذ ذلك قولا واحدا وهي مطردة ههنا
واول • عن نص الشافعي في البويطي انه قال ان صح حديث عمر رضي الله عنه
قلت به جابر والا فلا وحديثه انه اجاز وصية غلام له عشر سنين **قال**
ويصح من سفيه اي قولا واحدا لانه صحيح العبارة ومحتاج الى الثواب ولا
ضرر عليه في ذلك هذه الطريقة المرضية وبها جزم كثيرون منهم ابن سريج وابو اسحق
وابن سلمة ونقل ابن عبد البر وغيره الاجماع على صحة وصيته كما سبق وقيل في تدبيره

قولان كالصبي المميز قال المحاملي وهو اشبه بكلام الشافعي وعن
منهاج الجويني ان ظاهر كلام الشافعي يوافق هذه الطريقة وعليه اقتصر
كثيرون ونقل في الذخاير معها بدلا عن الاولى انه لا يصح قولا واحدا
للحجر وصورهم منه قطعا والطريقان في المحجور عليه اما غيره فان بلغ
سفيها مهملا فجزم الماوردي وغيره بصحة تصرفاته بيعا وعتقا وغيرهما والصحيح
انه كالمحجور عليه حسا واما من طرا سفهه بعد رشد ولم يتصل به حجر حاكم
فتصرفاته نافذ على ظاهر المذهب الى ان يحجر عليه الحاكم **فروع** في تدبير
من عصى بسكره الخلاف المذكور في تصرفاته واما المعذور به لجهل او اكراه فباطل
قطعا هذا هو الوجه وقال ابن الرفعة قال بعض اصحابنا في صحة تدبير السكران
قولان كطلاقه وقيل ان لم يكن عاصيا لا يصح تدبيره ولا وصيته وان كان
عاصيا به فعلى الخلاف ○ قال الرافعي وغيره تدبير المفلس المحجور عليه كاعتاقه
وقال جماعة يصح تدبيره قولا واحدا ولم يذكر ابن الرفعة سواه وهو حسن
قال وكافر اصلي اي حربيا كان او ذميا كتابيا او مجوسيا او وثنيا
ويصح تعليقه العتق بالصفة كما يصح استيلاده سوآ كان ذلك في دار الحرب
او دار الاسلام **قال** وتدبير المرتد يبنى على اقوال ملكه اي ان
قلنا ببقائه صح او بزواله فلا او بوقفه فموقوف فان اسلم بان صحته والا بان
فساده قال في البحر ومحل الخلاف اذا لم يحجر الحاكم عليه اما اذا حجر فهو باطل
قولا واحدا وبهذا قال ابو اسحق فيما رواه الرافعي عنه ونقل غيره عن
ابي اسحق ان تصرفه بعد الحجر باطل الا الوصية فانه يصح من المحجور عليه والتدبير
في احد القولين كالوصية انتهى وقال ابن سلمة محلهما فيما بعد الحجر اما قبله فيصح
قولا واحدا وعلى هذا جرى الماوردي وغيره وطرد غيرهما الخلاف في الحالين
وهو ظاهر اطلاق المصنف وقال الدارمي ان دبر او اعتق بصفة مرتدا قبل
الحجر فان قلنا زال ملكه حقيقة او زال تصرفه لم يصح وان قلنا صحيح صح وان
قلنا موقوف وقف وان كان بعد الحجر فان قلنا زال لم يصح وان قلنا لم يزل
فافعاله كالسفيه المحجور عليه فلا يصح منه الا ما صح منه وعتقه المنجز كذلك فان

كان

كان قبل الحجر فعليها وان كان بعده لم يجز انتهى **تنبيهان احدها**
هل يصير محجورا عليه بنفس الردة ام لا بد من ضرب الحاكم فيه وجهان
قال الماوردي وبالثاني قال الجمهور **الثاني** قال الرافعي ذكرنا في
الردة ان صاحب التهذيب جعل قول الوقف اصح وروى بعضهم ان الشافعي
قال اشبه الاقوال بالصحة زوال الملك بنفس الردة وبه اقول **قلت**
هذا اللفظ رواية المزني عنه في المختصر ههنا وكذا نقله شراحه وقالوا ان
القول بزوال ملكه اختيار الشافعي لا جرم قال الشيخ ابو محمد في مختصر المختصر
وتابعه كثيرون منهم الغزالي في الخلاصة اصح الاقوال ان تدبيره باطل وان
ملكه زايل هذا ما رجحه الشافعي رحمه الله وعجيب قول الرافعي وبروي بعضهم
بصيغة تمريض موذنة بضعف الرواية واستغرابها **قال** ولو دبر ثم
ارتد لم يبطل على المذهب اي بل اذا مات مرتدا عتق العبد صيانة لحق العبد عن
الضياع وكما لا يبطل بيعه وشراؤه هذه طريقة الجمهور والثانية يبطل قطعا
وعلى هذه الطريقة يبطل وصاياه والثالثة البنآ على الاقوال كما سبق **التفريع**
ان ابطلنا تدبير المرتد وعاد تدبيره على اشبه الطريقين عند الرافعي وغيره وقيل
انه على قولي عود الحنث وبها جزم البغوي وان قلنا ببقاء التدبير عتق المدبر
من الثلث وقيل يعتق جميعه وان وعاء الثلث والثلثين يختص بالميراث قال الرافعي
ويقال انه اختيار صاحب الحاوي **قلت** هو ظاهر كلامه فانه قال على
بقاء الملك ويعتق المدبر بقتله على الردة كما يعتق بموته على الاسلام ثم رايته
قال اذا قلنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله فان مات او قتل مرتدا اعتق بموته ان
خرج من ثلثه والا فوجهان احدهما يعتق ثلثه ويرق ثلثاه وهو قول البصريين
وقال البغداديون يعتق جميعه وهو الاظهر عندي لان الثلث معتبر في الميراث
دون الفي وتفريع قول الوقف ظاهر وحكى الرافعي قولا غريبا انه يبطل التدبير
على قول وقف الملك **قال** ولو ارتد المدبر لم يبطل اي تدبيره بردته
وان صار دمه مهدرا لبقاء الملك فيه وكما لا يبطل الكتابة والاستيلاد بها
فلو مات السيد قبل قتله فالردة عتق ولو التحق بدار الحرب فسبي فهو على تدبيره

ولا يجوز استرقاقه لانه ان كان سبق حيا فهو له وان مات فولاؤه له
فلا يجوز ابطاله **قال** والحربي حمل مدبره اي اذا كان العبد
كافرا اصليا الى دارهم اي سوا جرى التدبير في دار الحرب ثم جاءنا بامان
او في دارنا وكذا الحكم مستولدته الكافرة الاصلية وليس له حمل مكاتبه الكافر
فيهما لظهور استقلاله بالكتابة الصحيحة واعلم اني قيدت اطلاقهم بالكافر الاصلي
احترازا من المرتد فانه يمنع من حمله لبقاء علقة الاسلام وكذا يمنع من حمل مكاتبه
المرتد وان اطاعه لما ذكره وفي معنى المرتد ما لو انتقل العبد المدبر او المعلق
عتقه بصفة او المكاتب او ام الولد الى دين اخر وقلنا لا يقر عليه ولا يقنع منه
الا بالاسلام وهذا كله ظاهر ولم اره صريحا وكنت اود لو قيل انه يمنع من
حمل مدبره الذي يخالفه في دينه الى دار الحرب لانه يحمله على دين نفسه ولا سيما
اذا كان طفلا وفي فتاوى ابن الصلاح ما يؤيد هذا **قال** ولو كان لكافر
عبد مسلم فدبره نقض وبيع عليه ٥ لما في بقاء ملكه عليه من الاذلال ولم هذه
الصورة في الروضة واصلها هنا وانما اخذها المحرر من التهذيب وظاهر
كلامه الصحة ثم النقض والبيع عليه لا انه باطل من اصله قيل وقد يفهم قول
الرافعي في كتاب الكتابة انه لا تصح تدبير المسلم حيث قال انه لو اسلم عبد الذمي
فكاتبه فقولان احدهما المنع لانه مامور بازالة الملك والكتابة لا تزيله فصار
كما لو دبره او علق عتقه بصفة وفيه نظر والمسالة احدها من التهذيب ولفظه
احدهما الكتابة باطلة ويباع عليه لان ازالة ملكه واجبة وبالكتابة لا يزول
ملكه كما لو دبره بعدما اسلم او علق عتقه بصفة يباع عليه انتهى فبهذا تبين مراد
الرافعي بالتسوية المذكور وعن القاضي الحسين انه لا خلاف انه لو اسلم عبد
عبد لكافر فدبره انه يباع عليه وحكى في الذخائر في الاكتفاء بالتدبير وجهين وغالب
ظني ان بعض الائمة نقل في الاكتفاء بتدبيره قولا منصوصا وكنت استغرب
رواية الذخائر الوجهين ثم رايت في اخر كتاب الجزية من البسيط تبعا للنهاية
انه اذا اسلم عبد لكافر كلفناه بيعه فان استولدها حلنا بينهما ولا يباع وان دبرها
فوجهان احدهما يحمل على البيع لان التدبير لا يمنع منه والثاني انا نحول بينهما

ولا يبطل حقه من العتق كالمستولدة وان علق عتقها بصفة فطريقان
قيل انه كالتدبير وقيل يجبر على البيع قطعا ونسب الامام القطع الى رواية
صاحب التقريب **قلت** ويشبه ان يكون موضع التردد في صورة التعليق
بالصفة فيما اذا تردد في وقوعها كقدوم زيد او كان امدها بعيدا اما لو
كان معلوم الوجود قريب الوقت كقوله ليلا اذا طلع النهار فانت حر او نهارا
اذا غربت الشمس فانت حر ان يقال يحال بينهما الى وجودها نظرا للعبد وتخليصه
من ذل الرق ولا يبادر الى بيعه وكذا اقول فيما لو دبره ان كان في حال
صحته بيع عليه وكذا في حال مرضه المرجو السلامة اما المخوف المايوس منه
فينبغي ان ينزع منه ويتربص به موته ولا سيما اذا قطع الطب بموته منه عن قرب
فان عوفي على خلاف الظن بيع عليه حينئذ والله اعلم **قال** ولو دبر
كافر كافرا فاسلم ولم يرجع السيد في التدبير اي بما يجعله رجوعا من قول ان
اكتفينا به او ازالة ملك ان اعتبرناه **قال** نزع من سيده لما في بقائه
في يده من الاذلال ٥ وصرف كسبه اليه اي كما لو اسلمت مستولدته فان رجح القول
وجوزناه بيع لا محالة ولا يكلف بيعه قبل الرجوع في التدبير لما فيه من ابطال حق
العبد من العتق **اشارة** معنى النزع من يده ما قاله المحاملي وغيره انه
يقال له لا نقره بيدك وانت بالخيار بين ان تسلمه الى مسلم يكون في يده وننفق
عليه من كسبه فان فضل شي كان لك وبين ان تخارجه على شي يدفعه انتهى واذا
لم يكن له كسب اخذ بتسليمه الى ثقة والزام بنفقته **قال** وفي قول يباع
اي ويبطل التدبير دفعا للاذلال استرقاق الكافر له واختاره المزني وقال الامام
في موضع انه الاصح في القياس وبه جزم الصيمري في شرح الكفاية والقولان
منصوصان في الام وهما جاريان كما قاله الماوردي فيما اذا علق عتقه بصفة
ثم اسلم وجزم في الحاوي في هذه بالاجبار على البيع وفيه التفصيل الذي ابديته قريبا
ولو اوصى بعتقه بعد موته قيل على قول المدبر وقيل يباع قطعا نقله ابن الرفعة عن
البحر واصل ذلك قول الماوردي ولو اوصى بعتقه بعد موته احتمل ان يكون
على قولين كالمدبر واحتمل ان يباع قولا واحدا لان الوصية بعتقه اضعف من تدبيره

قلت ويحتمل ان يقال ان كانت الوصية في مرض المخوف او قرب المفارقة
انتزعناه فان مات حملنا الورثة على بيعه ويتعين هذا عند قطع الطبيب بموته
عاجلا فان عوقي الزم ببيعه فان ابى بعناه عليه وسبق نقل الطريقين
فيمن اسلم ثم علق السيد عتقه وفيه ما يفهم التسوية بين الصورتين وحكى بعضهم
الخلاف في بيعه في الاولى قولين والمنع ترتيب الخلاف فيها على هذه وتلك اولى
بالمنع **تنبيه** قضية كلام الرافعي انا اذا اكتفينا بشيء مما سبق ان الحيلولة
واجبة وسبق انه لو وصف صبي مميز منهم الاسلام ان الحيلولة مستحبة على الاصح
عند الشيخين وغيرهما وظاهر النص الوجوب فهل ياتي ذلك الخلاف هنا
مطلقا او فيما لو كان العبد صغيرا مميزا او قد حكمنا باسلامه لاسلام احد ام لا
ونفرق بسلطنة الملك بخلاف الحربية بنظر والظاهر وجوب الحيلولة ولو
وصف الصبي المميز الذمي الاسلام وقلنا لا يصح اسلامه استقلالا هل يحال
بينه وبين سيده لان الظاهر استمراره عليه فيه احتمال ولم ار فيه شيئا **فرع**
لو اسلم المكاتب كتابة صحيحة لم يبع على الكافر لاستقلاله فان عجز بيع حينئذ وكل
في بيعه قبل التعجيز قولان كالمدبر **قال** وله اي وللسيد المدبر الجائز
التصرف بيع المدبر اي للحديث السابق اول الباب وفي حكم البيع كل تصرف
يزيل الملك كالهبة والوصية والوقف وغيرها وسبق ان المذهب انه لا يصح
رهنه وقال الامام هنا مذهب الشافعي ان التدبير لا يمنع السيد عن شيء من
التصرفات التي كانت مسوغة له قبل التدبير فله البيع والهبة والرهن وغيرهما
من انواع التصرفات انتهى وسواء عندنا كان التدبير مقيدا او مطلقا وسواء
البيع للدين ولغير حاجة بحديث جابر في الصحيح الدال على ذلك وروى مالك عن نافع
عن ابن عمر انه دبر جاريتين فكان يطاهما وهما مدبرتان **تنبيه** احترزت
بجائز التصرف عن الصبي والسفيه اذا صححنا تدبيرهما فان بيعهما لا يصح وانما
يتعاطاه الولي على النظر لهما هكذا اطلقه جماعة وقال ابن الرفعة لو اراد
الولي بيعه لاجل ابطال التدبير لم يجز لانه لا حجر عليه فيه كما ليس للولي
ان يرجع فيه بالقول اذا جوزناه قولا واحدا نعم لو اذن له الصبي في البيع

كان

كان بيع الولي عن اذنه رجوعا بكل حال ذكره الماوردي قلت ونص الشافعي
في الحاوي ويمكن الجمع بينه وبين كلام غيره وهذا مما يعايا به ويقال لنا
مسئلة لا يجوز للوصي فيها بيع مال الصبي الا باذنه واذا جوزنا الرجوع بالقول
صح من السفيه والصبي بناء على الصحيح **فرع** دبر رشيد ثم خرس فان نفت
له اشارة مفهمة او كتابة فذاك والا امتنع رجوعه ولا يجوز ان يولى عليه فيتنفق
العبد مدبرا حتى يحصل للسيد اشارة مفهمة لانه مكلف رشيد فلا يولى
عليه كذا قال ابن الرفعة وعبارة الشامل وان لم يكن له كتابة ولا اشارة
مفهومة بقي العبد على تدبيره ولا ينصب له ولي في الرجوع عن التدبير لانه
مكلف رشيد لا حاجة به الى الرجوع وهذه العبارة احسن ويوخذ من قوله
ولا حاجة به الى الرجوع انه لو احتاج اليه في نفقة واجبة له او لعياله بيع
عليه وفي الام اشارة اليه وقولهم رشيد يفهم بانه لا ينصب له قيم في امواله ونفقته
لا سيما اذا ايس من برئه وظهرت مبادئ ضياع امواله بل المتجه ان ينصب
الحاكم له قيما فيها لانه يبقى كالابله ولو ترك مهملا مع عجزه الظاهر عن التصرف
فيها لضاع وقد قالوا لو خرس في مجلس البيع ولم يتفق له اشارة ولا كتابة ان الحاكم
ينصب نائبا عنه والمسئلة في الام وليس فيها ذكر لنفي رشده وانه لا يولى عليه
فيجوز ان يحمل كلامهم هذا على ما اذا لم يحصل امور بذلك ولا احتاج اليه لنفقة
ماله ويتفقهه وغير ذلك ولينظر فيما لو دبر ثم جن جنونا لا يرجى برؤه هل يقوم
وليه مقامه في الرجوع بالبيع او القول كالصبي او لا لانه لا غاية للجنون
والصبي منصرم **قال** والتدبير تعليق عتق بصفة اي نظرا الى
الصفة ولهذا لا يحتاج الى احداث تصرف او قبول بعد الموت بخلاف الوصية
قال الرافعي هذا ما رجحه الاكثرون ومنهم الشيخ ابو حامد ومن تابعه ولم يخرج
وقالوا انه المنصوص في اكثر كتبه الجديد وبه قال ابو اسحق ونسبه الماوردي
الى اختيار اكثر المتاخرين **قال** وفي قول وصية اي للعبد بالعتق نظرا
الى اعتباره من الثلث وهذا ما نص عليه في البويطي قال الماوردي واختاره
المزني والربيع وممن رجحه القاضيان الطبري والروياني والموفق ابن طاهر

والجويني في مختصره ومن تبعه والغزالي في خلاصته ويعضده قول الشافعي
في الام ولا اعلم من ادركت من المفتين اختلفوا في ان المدبر وصية من
الثلث وقال الربيع للشافعي في المدبر قولان فذكر الاول ثم قال والثاني
انه وصية من الوصايا يرجع فيها باللسان كما يرجع في الوصية وهذا اصح القولين
عندي انتهى **قال** فلو باعه ثم ملكه لم يعد التدبير على المذهب ○ اذا
زال ملكه عنه ببيع او هبة مقبوضة او اصداق ونحوها ثم عاد الى ملكه فان
قلنا التدبير وصية لم يعد التدبير قطعا كما لو اوصى لشخص ثم باعه ثم عاد الى ملكه
وان قلنا تعليق عتق بصفة فعلى الخلاف في عود الحنث وحينئذ فالاظهر
انه لا يعود التدبير وما اقتضاه كلام المصنف من نقل طريقين مسدد وقوله
فلو باعه هل يجري الخلاف المشار اليه فيما لو باعه الولي لحاجة او مصلحة
او الحاكم في دين ثم عاد الملك ام لا لم ار فيه تصريحا والظاهر انه لا فرق ويحتمل
ان يفرق بين الحاكم وغيره **قال** ولو رجع عنه بقول كابطلته فسخته
نقضته رجعت فيه الخ ونحوها صح ان قلنا وصية كسائر الوصايا والا فلا
اي وان جعلناه تعليق عتق بصفة فلا وانما يرفعه ازالة الملك عنه كسائر التعليقات
وسوى في المحرر بين القولين التدبير المطلق والمقيد وقيل يختص الخلاف بالمطلق
اما المقيد فلا يصح الرجوع فيه قطعا وقيل الخلاف في المقيد اما المطلق فلا
رجوع فيه قطعا ذكره الجيلي وهو غريب قال الرافعي ولا خلاف انه لو قال
اعتقوا عني اذا مت انه يجوز الرجوع فيه بصريح لفظ الرجوع كسائر الوصايا ولا
في انه اذا ضم الى الموت صفة اخرى فقال اذا مت فدخلت الدار او لبست فانت
حر لا يجوز الرجوع بالقول وانما القولان في التدبير **تنبيهات** المفهوم من كلام
المصنف ان المبطل للتدبير هو زوال الملك ببيع ونحوه لا التعريض للزوال
ولهذا قال في المحرر واذا باعه او وهبه واقبضه ثم عاد اليه وفي التنبيه وغيره
انه اذا وهبه ولم يقبضه بطل التدبير وقيل لا يبطل قال ابن الرفعة وبناه بعضهم
على القولين ان قلنا وصية بطل او تعليق فالمبطل نقل الملك ولم يوجد
وعن رواية الشيخ ابي علي ان جعلناه وصية بطل او تعليقا فوجهان قال

الامام ولست اعرف لهذا وجها وعلى هذه الطريقة جرى الرافعي والمصنف
وحكما بان الاصح انه لا يحصل الرجوع وفي البحر ان بعضهم جزم بكونه رجوعا
على القولين لان الهبة قبل القبض تقتضي زوال الملك وذكر ان هذا
اختيار القاضي ابي حامد حيث قال في الجامع ولا يصح الرجوع عن التدبير الا
باخراجه عن ملكه في اظهر قوليه في الجديد وينتقض التدبير على هذا القول
بكل عقد يؤدي الى خروجه عن ملكه وان لم يتم فاذا وهبه ثبت قبضه
الموهوب له او لم يقبضه رجع في الهبة او لم يرجع او وصى به لرجل او تصدق به
عليه او قال ان اديت بعد موتي كذا فهو حر فهذا كله رجوع في التدبير قال
وهذا نقله بعينه من كتاب التدبير من الام فيبطل به القول بانا على
القولين انتهى ووافق ابن الرفعة ولفظ الام بعد وقد قال الشافعي ولو لم
يلزم سيده دين كان له ابطال تدبيره فان قال سيده قد رجعت في تدبير
هذا العبد او ابطلته او نقضته او ما اشبه ذلك بما يكون مثله رجوعا في
وصيته لرجل لو اوصى له به لم يكن ذلك نقضا للتدبير حتى يخرجه من ملكه
ذلك وهو يخالف الوصية في هذا الموضع ويجامع معنى الايمان وكذلك لو دبره
ثم وهبه لرجل هبة بتات قبضه او لم يقبضه او رجع في الهبة او تم عليها او وصى
به لرجل او تصدق به عليه او وقفه عليه في حياته او بعد موته او قال ان اديت
بعد موتي كذا فهو حر فهذا كله رجوع في التدبير ناقضا له انتهى وذكر بعد هذا
صورا في معناه فذكر انه لو اوصى بنصفه لرجل كان النصف للموصى له ويبقى النصف
الثاني مدبرا فان رد الموصى له الوصية لم يعتق بموت السيد منه الا النصف
لانه قد ابطل التدبير في النصف الموصى به وكذلك لو وهب نصفه او باع نصفه
المسألة فهذا النص كما تراه كالمصرح على قول التعليق يوافقه صاحب التنبيه
وغيره في ترجيح ان الهبة غير المقبوضة مبطلة للتدبير عكس ما رجحه الرافعي والمصنف
وغيرهما **فان قلت** فقد ذكر الرافعي ان المزني احتج لجواز الرجوع
عن التدبير بانه قد نص على انه لو قال ان اديت الى ورثتي بعد موتي كذا
فانت حر كان ذلك رجوعا لا يعتق الا اذا ادى ما ذكر وانه لو وهب المدبر

ولم يقبضه حصل الرجوع واجاب الاصحاب عن الاول بان ما ذكره تفريع
على قول جواز الرجوع لفظا فان لم نجوزه لم يكن رجوعا واذا مات عتق
المدبر وعن الثاني بمثل هذا الجواب وذكر بعضهم انه اذا وهب حصل
الرجوع على القولين وان لم يقبضه لان اقتضا الهبة الى زوال الملك قال
الامام والوجه القطع بان مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا انه تعليق
ثم اذا اتصل بها الاقباض فان قلنا يحصل الملك عند القبض فحينئذ
ينقطع التدبير وان قلنا يتبين استناد الملك الى حالة الهبة فهل يتبين انقطاع
التدبير من وقت الهبة فيه تردد قال واثر ذلك انا اذا قلنا انه لو زال
الملك على وجه اللزوم وعاد فالتدبير منقطع فلو زال على الجواز وعاد هل
يحكم بانقطاع التدبير فيه تردد والذي اطلقه صاحب التهذيب ان البيع
بشرط الخيار يقطع التدبير على القولين ولو باع نصف المدبر او وهب واقبض
بطل التدبير في النصف المبيع او الموهوب وبقي الباقي هذا كلام الرافعي
وهو ناص على ان الاصحاب حملوا النص المذكور على انه مفرع على جواز الرجوع
باللفظ **قلت** كذا قاله كثيرون وفيه نظر والمتبادر من سياق النص
ما فهمه القاضي ابو حامد ومن تبعه وكلام المحاملي في المجموع والدارمي وابن
الصباغ والعمراني لا يدل على ترجيحه طريقة الباحثين قالوا اما حاصله فان
وهبه ولم يقبضه فقيل على القولين وقيل رجوع عليهما وعليها جرى القاضي ابو
الطيب ولم ار لجمهور العراقيين ترجيحا وقد قال المزني في كتاب التدبير وقال
في الكتاب الجديد اخر ما سمعناه منه ولو قال في المدبر ان ادى بعد موتي كذا
فهو حر او وهبه هبة بتات قبض او لم يقبض ورجع فهذا رجوع في التدبير هذا
نص قوله فقد ابطل التدبير بغير اخراج له من ملكه وبعد كل البعد ان يكون الشافعي
اراد بقوله في الام وكذلك لو دبره ثم وهبه لرجل الخ التفريع على قول جواز
الرجوع باللفظ الذي صدر كلامه بانه لا يكفي ولا يحصل به الرجوع من غير فاصل
بين الكلامين وقال في مختصر البويطي والرجوع في المدبر لا يكون الا بالبيع او الهبة
وتحويله الى غير ملكه وليس الرجوع بالكلام ولا يكون الا ان يزول ملكه انتهى لفظه

وهو محتمل والمذهب نقل وان كان الاصح خلاف النص والله اعلم
فروع رهن المدبر هل يرفع التدبير فيه طرق اصحها البناء على
انه وصية او تعليق وثانيها انه ليس برجوع على القولين وثالثها انه رجوع
عليهما ونقل في الترغيب بناء الرهن والكتابة على القولين ثم قال وعندي
ان الرهن رجوع لتعريضه للبيع دون الكتابة لانه يكون مكاتبا مدبرا انتهى
قال الدارمي فان وصى به فعلى القولين وقيل رجوع فان قلنا ليس
برجوع كان لمن وصى بشيء نصفين انتهى ❀ في فتاوى القفال اذا قال المدين
ان دخلت الدار فانت حر يكون رجوعا بخلاف ما لو قال ان دخلت الدار بعد
موتي لا يكون رجوعا انتهى ❀ اذا جعلناه وصية ارتفع بالعرض على
البيع وسائر ما ذكر في الرجوع عنها الا الوطء قال الدارمي فان باعه
بيعا باطلا ففيه وجهان ❀ ولا اثر لاستخدام وتزويج واجارة على القولين
قال ولو علق مدبر بصفة صح اي وبقي التدبير بحاله كما لو دبر
المعلق بصفة فانه يجوز وعتق بالاسبق من الموت والصفة اي فان
وجدت الصفة قبل الموت عتق وان مات قبلها عتق بالتدبير هذا ما في
التهذيب وخرج الامام المسئلة على الخلاف في الكتابة وكلام الوسيط والبسيط
يقتضي تفصيلا وهو انه ان قال ان دخلت الدار فانت حر فقد زاده سببا
آخر للحرية وليس ذلك برجوع وان قال ان دخلت الدار بعد موتي فهو رجوع
عن التدبير المطلق لانه بنا في تعليق الحرية بمجرد الموت قال الرافعي وهذه
الصورة مثل قوله ان اديت الي ذا بعد موتي كذا فانت حر وقد ذكرنا
انها مخرجة على الخلاف وان الارجح لا يرفعه ثم اعلم ان التفصيل المذكور قد
نسبه ناسبون الى نصه في الام وادعى القاضي ابو الطيب ان قوله ان دخلت
الدار بعد موتي ونحوه يرفع التدبير على القولين وهو كاحتجاج المزني بنصه
فيما اذا قال ان اديت بعد موتي كذا انتهى وقد بينا ذلك وسقنا نصه
في الام بحروفه وقدمنا قريبا عن فتاوى القفال عكس ما في الوسيط والبسيط
فالله اعلم ولو علق عتق عبد بصفة ثم دبره صح وعتق بالاسبق منهما

قال ولو وطئ مدبرته أي لبقاء ملكه وصح ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما
كما سبق ولا خلاف فيه **قال** ولا يكون رجوعا أي وإن جعلنا
التدبير وصية سواء عزل أم لا لأنه هناك يدل على قصد الإمساك وهنا إن
أحبل حصل الاستيلاد وهو يحقق مقصود التدبير على ما سيأتي بما فيه
قال فإن أولدها بطل تدبيره قال الرافعي هذا ما أورده
الأكثر سلف الأصحاب وخلفهم ووجه بأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف
كما يرتفع النكاح بملك اليمين ولهذا لو دبر مستولدته لا يصح لأنها تستحق
العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير قال وفي طريقة الصيدلاني أنه لا
يبطل التدبير ويكون لعتقها بموته سببان وعلى هذا جرى الإمام والغزالي
مع اعتراف الإمام بأنه لا أثر لبقاء التدبير وقال الروياني في الكافي وقيل لا
نقول ببطلان التدبير ولكنه يدخل في الاستيلاد كما لو طرأت الجنابة
على الحدث **قلت** وفي تعليق القاضي الحسين وابرهيم المروذي
ههنا الجزم بأن الاستيلاد لا يبطل التدبير حتى لو قال السيد مدبرتي أحرار
عتقت فقد ظهر لبقاء التدبير أثر وبهذا جزم الخوارزمي في الكافي وصرح
الرافعي من بعد أن هذا من فوائد الخلاف ومن آثاره أيضا الحنث في اليمين
وفيما لو مات السيد قبل أن تلد أو يتحقق حملها ويظهر فيتأمل وجزم الشيخ
أبو محمد في الفروق بأن استيلادها لا يبطل التدبير وإن عتقت على حكم الاستيلاد
قال وفائدة ذلك أنها تستتبع أولادها قولا واحدا والمدبرة التي تمحض تدبيرها
لا تستتبعهم على أحد القولين وهذه الطريقة أقوى وأغوص ويوافقها
سكوت جماعة عن بطلان التدبير وقوله في البويطي والرجوع في المدبر لا يكون
إلا بالبيع والهبة وتحويله إلى غير ملكه انتهى وقال الماوردي قال أبو حامد
يبطل التدبير بالإيلاد وليس هذا بصحيح لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ
منه فصار داخلا فيه وغير مبطل له كطريان الجنابة على الحدث يدخل فيها ولا
يرتفع بها واختلف كلام البغوي ففي التهذيب جزم ببطلان التدبير وفي التعليق
جرى على طريقة المراوزة ثم قال وقال العراقيون من أصحابنا يبطل التدبير بالاستيلاد

قلت

قلت ولعل من حكم ببطلان التدبير أراد أن عتقها يكون من
رأس المال لا بطلان آثاره مطلقا وذلك لا نزاع فيه وقال في البويطي
أيضا ولا يكون الرجوع في المدبر إلا بالخروج من ملكه ثم قال بعد صفحة
ولو دبر أمة فوطئها فولدت كانت أم ولد تعتق بموته من رأس المال انتهى
قال ولا يصح تدبير أم ولد لأنها استحقت العتق بالموت
بجهة هي أقوى من التدبير **قال** ويصح تدبير مكاتب كما يصح أن
تعلق عتقه على صفة فإن أدى المال قبل موت السيد أو أبرأه منه عتق
بالكتابة وفي الإبراء شيء سيأتي وإن عجز أو عجزه السيد بطلت الكتابة وبقي
التدبير ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز عتق بالتدبير إن وفى به الثلث
وحينئذ فعن الشيخ أبي حامد أنه يبطل الكتابة قال ابن الصباغ وعندي
أنه ينبغي أن يتبعه ولده وكسبه كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء فكما
لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق وجب أن لا يملكه بالتدبير قال ويحتمل أن
يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه **قلت** وعلى ذلك
جرى في البحر قال ابن الرفعة وينطبق على ما أبداه ابن الصباغ احتمالا لا نفسه
ما أورده صاحب البحر والإمام هنا في مسألة إحبال المكاتبة بأن السيد
إذا مات عتقت بموته عن الكتابة وتبعها كسبها لأن العتق إذا وقع بالكتابة
لا يبطل حكمها كما لو باشرها به وإذا كان الاستيلاد الأقوى لا يبطل أحكام
الكتابة إذا حصل العتق بسببه فالتدبير الذي هو ضعيف بذلك أولى
انتهى وأما إذا لم يف الثلث بجميعه فيعتق منه ما يحتمله الثلث بسبب التدبير
ويبقى الباقي على الكتابة ويسقط عنه من النجوم بقدر ما عتق منه إن كان النصف
فنصفها أو الربع فربعها وهكذا **قال** وكتابة مدبر أي ولا يبطل
التدبير قال الرافعي هل يرتفع التدبير بالكتابة فيه وجهان مبنيان على
القولين إن جعلناه وصية ارتفع أو تعليقا بصفة فلا فيكون مكاتبا مدبرا
كما لو دبر مكاتبه ثم ساق ما قدمناه من تفريع الأداء وعدمه ووفاء الثلث به
وعدمه ثم قال وهذا ما يحكى عن النص في الأم وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد

وجماعة وزاد القاضي ابو حامد فقال يسأل عن كتابته فان اراد بها
الرجوع عن التدبير ففي ارتفاعه القولان وان قال لم اقصد بها الرجوع
فهو مدبر مكاتب على القولين ولذا ابن كج القطع بان الكتابة رجوع التدبير
كما لو باعه **قلت** وهذا يوافق ما سبق عن القاضي ابي حامد وتقدم
على الام وانكر الماوردي على الشيخ ابي حامد تخريج المسئلة على قولين فقال
ان جعلنا التدبير في حكم العتق بالصفة لم يبطل بالكتابة وان جعل في حكم الوصايا
قال ابو حامد بطل وليس بصحيح عندي بل يكون مدبرا بعد الكتابة باقيا وان
جرى مجرى الوصايا ولا يكون الكتابة رجوعا فيه لان الرجوع ابطال العتق
والكتابة مقصدها العتق فنافت التدبير ولم تبطله انتهى وتشهد للماوردي
قوله في الام واذا دبره ثم كاتبه فليس الكتابة ابطالا للتدبير انما الكتابة في
هذا الموضع بمنزلة الخراج والخراج بدل من الخدمة ولذا ان يحدثه وان يخارجه
وكذلك مكاتبته اذا رضي انتهى وحكى الامام القولين عن رواية صاحب التقريب فيما اذا
قلنا التدبير وصية فهل تكون الكتابة رجوعا ام لا قال ابن الرفعة وكان
قياس ما حكاه القاضي ابو حامد في الجامع ان يكون رجوعا قولا واحدا وان
قلنا انه وصية لانها عقد يقتضي الجزء وال الملك كالهبة قبل القبض وقد حكى عنه
انه قال يسأل وذكرها حكاه الرافعي عنه قال وكان الفرق بين الهبة ونحوها
وبين الكتابة ان الهبة اذا اتصل بالقبض فات التدبير فلذلك ابطلته وان
لم تقبض نظرا الى آخر الامر والكتابة في ابتدائها لا تزيل الملك واذا انتهت بالاداء
حصلت مقصود التدبير وهو العتق فلم تكن منافية له حالا ومآلا والرجوع انما
يكون بالمنافي لا بالمناسب ولهذا رد الماوردي على الشيخ ابي حامد تخريج المسئلة على
قولين وان اجري مجرى الوصية انتهى وهذا كلام حسن فقيه ويخرج مما ذكرناه
في المسئلة طرق والشافعي ذكر مسئلة الكتابة في الام ولم يذكر سؤال السيد
ما اراد ثم قال متصلا بها ولو دبر عبده ثم قال اخدم فلانا لرجل حر ثلاث سنين
وانت حر فان غاب المدبر القابل او خرس او ذهب عقله قبل ان يسئل لم يعتق العبد
ابدا الا ان يموت السيد المدبر وهو يخرج من الثلث ويخدم فلانا ثلاث سنين

فان

فان مات فلان قبل موت السيد او بعده ولم يخدمه ثلاث سنين لم
يعتق ابدا لانه اعتقه بشرطين فبطل احدهما وان سئل السيد فقال اردت
ابطال التدبير وان يخدم فلان ثلاث سنين فهو حر والتدبير باطل وان
خدم فلان ثلاث سنين فهو حر وان مات فلان قبل ان يخدمه العبد لم يعتق
وان اراد السيد الرجوع في الاخدام رجع فيه ولم يكن العبد حرا فان قال
اردت ان يكون مدبرا بعد خدمة فلان ثلاث سنين والتدبير بحاله لم يعتق
الا بهما معا كما قلنا في المسئلة الاولى هذا لفظه بحروفه رضي الله عنه **قال**
فصل وولد مدبرة من نكاح او زنا لا يثبت له حكم التدبير في الاظهر
لانه عقد يقبل الرفع فلا يسري الى الولد كالرهن وهذا ما صححه المحاملي
في المقنع والامام وصاحب التنبيه والبغوي والفارقي والثاني يثبت كما يتبع
ولد المستولدة والاضحية والهدي قال الرافعي في شرحه الصغير وهذا اظهر
عند الاكثرين وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد ونسب في الكبير ترجيح الاول
الى الامام والبغوي واختيار المزني ثم قال والاظهر على ما ذكر الشيخان ابو حامد
والقفال وغيرهما وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد نعم وعبارة اصل الروضة
يسري التدبير اليه على الاظهر عند الاكثرين ثم زاد قلت بل الاظهر عند الاكثرين
انه لا يسري والله اعلم **قلت** الظاهر في النسبة الى الاكثرين التبعية كما قاله
الرافعي فانه الذي صححه الشيخ ابو حامد واتباعه قال البندنيجي قول المنع ضعيف
واختلف ترجيح المحاملي فصحح في المقنع وقال في المجموع الصحيح تبعها وبه قال عدم التبعية
عثمان ابن عفان وعبد الله ابن مسعود وعبد الله ابن عمرو وابن عمر ايضا رضي الله عنهم
وهو قول الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم قال ابن عبد البر روي عن عثمان
وابن مسعود وابن عمر وجابر ولا اعلم لهم مخالفا من الصحابة انتهى وممن صححه
المراوزة الجويني في مختصره والغزالي في خلاصته والروياني في حليته وغيرهم
ولم ار ترجيح المنع لغير من قدمته وسكت عن الترجيح في الحاوي والشامل والاستذكار
والبيان والشافي والمستظهري والتجريد والابانة والعمد والبسيط والوسيط
والوجيز والترغيب وابرهيم المروذي في تعليقه **تنبيهات** منها

القولان منصوصان صرح به الجمهور ثم قيل هما مبنيان على القولين ان نقض
ان قلنا التدبير وصية لم يتبعها وان قلنا تعليق تبعها والتصحيح وبه قال ابن
سريج وابو اسحق والجمهور كما قال الماوردي انهما اصل بذاته غير مبني على
شي بل هما جاريان على القولين جميعا وقيل ان قلنا وصية لم تتبعها بلا خلاف
وان قلنا تعليق فهو محل القولين وقيل هما مبنيان على ان الحمل يكون
تبعا او ياخذ قسطا ذكره الماوردي **ومنها** لا خلاف نعلمه ان من
ولدته قبل التدبير لم تتبعها فيه وانما المتردد فيمن حدث بعد وانفصل قبل
موت السيد اما لو كانت حاملا عند موته عتق معها بلا خلاف فان لم يحملها
الثلث عتق قدر الثلث وان كانت حاملا عند التدبير فسياتي بيانه **ومنها**
لو انفصل احد التوامين قبل التدبير ثم الاخر بعده واتفق على ذلك فهلا
يكونا كالمنفصلين قبل التدبير او بالعكس او يعطي كل حكمه وهو الاشبه لم
يحضرني فيه شي وسياتي له نظير في البيع **قال** ولو دبر حاملا ثبت له
حكم التدبير على المذهب اي قولا واحدا ان قلنا الحمل لا يعرف كما يتبع في
العتق والبيع بلا خلاف وقيل ان قلنا ان الحمل يعرف وهو الاصح فهو تدبيرا والا
فقولان كالولد الحادث قال الرافعي وقد ذكر ان تبعية الحمل لها في التدبير
ليس على سبيل السراية ولكن اللفظ يتناوله وانما يعرف كونه موجودا يوم
التدبير اذا ولدته لدون ستة اشهر فان اتت به لاكثر من اربع سنين من وقت
التدبير فهو حادث لا محالة وان ولدته لما بين المدتين فشرط لها زوج ام لا ويغشى
مثله مرات وان كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير واتت بولد لدون اربع سنين
من الفرقة فقولان قال البغوي اصحهما انه يجعل موجودا يوم التدبير كما في النسب
قال فان ماتت اي الام في حياة السيد او رجع في تدبيرها اي
حيث تصححه بقول او غيره دام تدبيره كما لو دبر عبدين فمات احدهما قبل الرجوع
فيه حال احتماله كالرجوع بعد انفصاله **قال** وقيل ان رجع وهو متصل
فلا اي فلا يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع في التدبير والخلاف فيما اذا اطلق
الرجوع فان قال رجعت في تدبيرها دون تدبيره فلا يخفى الحكم واذا رجع في تدبيرها

دون

الحمل ثم ولدت لدون ستة اشهر من وقت الرجوع فهو مدبر او لاكثر من ذلك
ولها زوج يفترشها لم يكن مدبرا لاحتمال حدوثه ولو رجع قبل الانفصال عن
تدبير الحمل وجوزنا الرجوع باللفظ ارتفع تدبيره وبقي في الام وقيل لا
يصح الرجوع فيه ما دام حملا مع بقاء التدبير في الام ٥ واذا رجع السيد
عن تدبير احدهما باللفظ وجوزناه او باع احدهما بقي التدبير في الباقي ولو كان
الثلث لا يفي الا باحدهما اقرع بينهما على الاصح وقيل يقسم العتق بينهما وصححه
البغوي في تعليقه ولو دبرها حاملا وسعها على المذهب عند الاطلاق
فاستثناه فقال انت مدبرة دون حملك قال الماوردي صح الاستثناء ان ولدته
قبل موته وبطل ان ولدته بعد موته لان الجزء لا يتلد الا جزا **قال**
ولو دبر حملا اي بمفرده صح كما يصح اعتاقه ولا يتعدى الى الام فان مات اي
السيد عتق دون الام لما قدمناه **قال** وان باعها اي حاملا صح
وكان رجوعا عنه اي عن تدبيره ثم موضع الجزم بصحة البيع فيهما اذا قصد به
الرجوع فان لم يقصد فوجهان او قولان كما قال الماوردي احدهما لا يصح في الولد
ويصح في الولد ويصير كانه استثناه واذا لم يصح فيه لا يصح في الام على الظاهر
كبيع الحامل بحر واصحهما الصحة فيهما وحصول الرجوع قصد او لم يقصد كما لو باع
مدبره ونسي تدبيره يصح ويحصل الرجوع وقال الماوردي اصح القولين الصحة
والثاني وهو المنصوص البطلان لان حكم الحمل مخالف لحكم امه وفي سلسلة الشيخ
ابي محمد اذا باع مدبرة حبلى بمدبر فالمنصوص انه ان لم ينو بهذا العقد رجوعا
عن تدبير الحمل فالبيع باطل فيهما جميعا وفي المسئلة قول مخرج ان البيع موقوف
فان استبان حقيقة الحمل فالبيع باطل وان كانت ريحا انفشت فالبيع صحيح وهذان
القولان ينبنيان على قولين فيما اذا قال للامة الحبلى من زوج او زنا ما في بطنك
حر ثم باعها ففي البيع قولان احدهما انه باطل والثاني انه موقوف ان
فروع استيقنا الحمل قطعنا بالبطلان وان تبينا انها حائل حكمنا بصحته
اذا قلنا ولد المدبرة مدبر فقال السيد انما ولدته قبل التدبير فقالت بل
بعده صدق السيد بيمينه نص عليه لان الاصل بقاء ملكه في ولدها وعدم التدبير

ولو اختلفت مع الوارث بعد موت السيد فقال الوارث ولدته قبل
التدبير وقالت بعده وعتق بموت السيد صدق الوارث بيمينه على
الصحيح وقيل هي لانها لم تسلم للورثة يدًا ولا ملكًا قال الماوردي فلو
نكل الوارث ردت اليمين على الام فان حلفت عتق وان نكلت فهل
يحكم برقه او توقف امره ليحلف هو بعد بلوغه فيه وجهان ۞ قال في
المهذب وتسمع دعواها الولد حسبة حتى لو كانت قنة وادعت على السيد
انه دبره ولدها تسمع دعواها ومن نظائر المسئلة ما لو قال لمكاتبته ولدته
قبل الكتابة فهو قن لي فقالت بعدها وتكاتب ولا بينة صدق السيد بيمينه
وقيل هي ورجحه ابن كج ۞ ولو زوج امته ثم باعها منه واتت بولد فقال
السيد ولدته قبل الكتابة فهو قن لي وقال المكاتب بل بعد الكتابة والشرى
وقد تكاتب على صدق المكاتب بيمينه وفرق الرافعي بان المكاتب هاهنا يدعي
ملك الولد لما ثبت ان ولد امته ويده مقررة على هذا الولد واليد تدل على
الملك والمكاتبة هناك لا تدعي الملك ولا تقر يدها على الولد وانما تدعي ثبوت
امره وثبوت حكم الكتابة فيه ولا دلالة لليد على ما تدعيه كذا ذكره هنالك وقوله
ولا تقر يدها على الولد هو مورد النزاع وقد احتج ابن كج لما رجح من تصديقها
بان المكاتبة تثبت لها اليد على نفسها وولدها بخلاف المدبرة ومما ذكره
في ولد المكاتب نحو ما ذكره الامام في اواخر النهاية انه لو باع امته واتت بولد
وتنازع المتبايعان فيه فقال البائع ولدته قبل البيع فهو لي وقال المشتري
بل بعده فهو لي فمن المصدق قال كتب الحلبي الى الشيخ ابي زيد يسأله عن ذلك
فاجاب بانه يكون للبائع لان الاصل استمرار ملكه عليه انتهى ۞ قال الرافعي واذا
تنازع السيد والمستولدة فعلى ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبر عدنا الى
مسئلتنا ولو قالت المدبرة ولدته بعد موت السيد فهو حر وقال الوارث بل قبل
التدبير صدق بيمينه والتنازع على هذا التصوير يجري وان قلنا انه لا يتبعها في
التدبير هكذا ذكره الرافعي وقال الماوردي اذا قالت ولدته بعد موت السيد
فهو حر وقال الوارث بل قبل موته فهو قن فان قلنا ان ولد المدبرة يتبعها فلا

ملكه م

اثر لهذا التنازع وان قيل لا يتبعها فليتنازعهما ما مر لانها تدعي عتقه
والوارث رقه وهذا على ضربين احدهما ان تقر بانه جرى عليه في العلوق
حكم الرق لولادته لدون ستة اشهر من موت السيد فيصدق الوارث
بيمينه والضرب الثاني ان تنكر ان جرى عليه في العلوق حكم الرق وانها علقت
به في الحرية وولدته بعد موت السيد لستة اشهر فاكثر فتصدق بيمينها لان
الاصل في الناس الحرية والرق طارئ فان حلفت كان حرا وان نكلت فعلى وجهين
احدهما ترد اليمين على الوارث اذا قيل فيما تقدم ان نكول الوارث لا يوجب
وقف اليمين والثاني لا ترد اليمين عليه وتوقف اليمين على بلوغ الصبي فان
حلف بعد بلوغه كان حرا وان نكل ردت اليمين على الوارث وهذا اذا قيل
فيما تقدم ان نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين انتهى ۞ لو كان في يد المدبر
مال فقال اكتسبته بعد موت السيد وقال الوارث بل قبله فهو لي صدق المدبر
بيمينه لليد ولو اقام الوارث بينة على ان هذا المال كان في يد المدبر في حياة
السيد فقال كان في يدي لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد صدق
المدبر ايضا نص عليه وعلل بان البينة لم تتعرض الا لليد وبان البينة تشهد
بيد متقدمة ويد المدبر ثابتة في الحال هكذا ذكره الرافعي وقال الماوردي
اذا نازعه الوارث مالا في يده فالقول قول المدبر بيمينه فان كان للوارث
بينة بتقدم كسبه حكم بها ولو بشاهد ويمين وهذا اذا شهدت انه اكتسبه في
حياة سيده فاما ان شهدت ان هذا المال كان في يده في حياة سيده ففي قبولها
والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة احدهما يقبل ويحكم به
للوارث والثاني لا ويكون للمدبر بيمينه واعلم ان عبارة غير الرافعي فيما اذا
اقام الوارث بينة على ان هذا المال كان في يدها قبل موت سيدها فادعت انه
كان في يدها لغيرها وانها ملكته بعد موته من جهة مالكه هكذا صرح به البندنيجي عن
النص وهذا الابهام للمالك اوضح من تسميته ان كان مرادًا بخلاف تسميته
كما صوره الرافعي اذ قد يقال مع التسمية انه اعترف به لمعين فيراجع فان صدقه
فذاك وان كذبه ترجح جانب الوارث وتامل هذا الموضع مع ما تقدم في الدعاوي

فيما لو ادعى عيبا في يد غيره فذكر انها كانت لاجنبي عنه وانها انتقلت منه
اليه ان كنا ذكرناه هناك قال ولو ولدت المعلق عتقها لم يعتق
الولد لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وبهذا
قطع بعضهم وفي قول ان عتقت بالصفة عتق اي كولد ام الولد ورجحه
الصيدلاني وغيره الخلاف فيها على الخلاف في ولد المدبرة والمنع هنا اولى
والحامل للرافعي على ترجيح عدم السراية هنا هذا الترتيب قال وجعله
القفال وغيره اظهر وبه قطع بعضهم واعلم ان القولين في ولد المعلقة
منصوصان في الام وصححه سائر العراقيين اذ اكثرهم اتحاد الترجيح فيه
وفي ولد المدبرة وانهما على حد واحد وعبارة الدارمي وغيره وان
علق بصفة فولدها على القولين وقال الماوردي من ولدته قبل عقد
الصفة مملوك ومن ولدته بعد وجود الصفة كدخول الدار حر ومن ولدته
بعد عقد الصفة وقبل وجودها ففيه قولان كالمدبرة سواء فلو قال لها
انت حرة بعد موتي بسنة كان من ولدتهم في حياته على رقه ومن ولدتهم بعد
موته بسنة احرار ومن ولدتهم بعد موته وقبل مضي السنة اختلف اصحابنا
فيهم فمنهم من خرجه على قولين وسوى بين عقد الصفة بعد الموت وعقدها
قبله ومنهم من اعتقهم قولا واحدا وفرق بانه قبل الموت يجوز ان
يستفيد ملكا وبعده لا يجوز ان يستفيد ملكا فان عتق الولد معها اعتبرا
من ثلثه ولا يقرع بينهما ويعتق منه بقدر ما عتق منها وان لم يعتق الولد
معها فهل يكون من التركة او ملكا للورثة فيه وجهان انتهى تنبيهان
لا فرق في محل القولين بين ان يكون التعليق بما يقع لا محالة كطلوع الشمس
او بغيره كقدوم زيد ودخول الدار وقيل تخصيصهما بالتعليق بما يوجد لا
محالة لانه يشبه التدبير وفي غيره لا يسريها بلا خلاف ٢ قدمنا الكلام على
التعليق بالصفة في كتاب العتق ثم هذا الخلاف فيمن يحدث حملها بعد التعليق
اما الموجود عند التعليق فهو تابع قولا واحدا صرح به ابن الصباغ وغيره هنا
واطلاق بعضهم يقتضي جريان القولين فيه وكذا صحح المصنف في تصحيح التنبيه

وقد بينا فيما تقدم معنى السعاية قال ولا يتبع مدبرا ولده
اي بل يتبع امه رقا وحرية قطعا قال وجنايته كجناية قن
اي لثبوت الملك عليه فان جنى بما يوجب القود في النفس فاقتص منه
فات التدبير او في عضو واقتص بقي التدبير وان جنى بما يوجب المال او
عفي عليه فالسيد يخير بين الفداء والتسليم للبيع فان فداه بقي التدبير وثم
يقع به فيه الخلاف السابق في القن فان سلمه للبيع فبيع كله بطل التدبير
فان عاد الى ملكه ففي عود التدبير ما سبق من الخلاف وان حصل الغرض
ببيع بعضه بقي التدبير في الباقي والجناية عليه كهي على القن فان قتل فله
القود او القيمة ولا يلزمه ان يشتري بها عبدا يدبره وان جنى على طرفه فليس
القصاص او الارش ويبقى التدبير بحاله فصل قال ويعتق
بالموت من الثلث كله او بعضه بعد الدين ٥ لانه تبرع ينجز بالموت فكان
كالوصية وقياسا على الاعتاق في مرض الموت واولى وروى نافع عن ابن
عمر رضي الله عنهما انه قال المدبر من الثلث رواه ابو محمد الدارمي في مسنده
ورواه الشافعي قال ابو زرعة الرازي رفعه باطل وقال ابن عبد البر
انفرد برفعه علي بن ظبيان وكان قاضيا ببغداد ثم نكروه لهذا الحديث وسببه
وقال الدارقطني روي مرفوعا وموقوفا وهو اصح ثم انما يعتق المدبر من الثلث
بعد الديون فلو كان عليه دين مستغرق للتركة لم يعتق منه شيء وان لم يكن
عليه دين ولا مال غيره عتق ثلثه وان كان الدين يستغرق نصفه مثلا بيع
في الدين وعتق ثلث الباقي من ثلثه وسبق بيان الطريق في عتق جميعه بعد الموت
وان لم يملك غيره ولا فرق في اعتبار التدبير بين ان يقع التدبير في الصحة او في
مرض الموت كالوصية قال ولو علق عتقا على صفة تختص بالمرض
كان دخلت في مرض موتي فانت حر عتق من الثلث اي كما لو نجز عتقه حينئذ
قال وان احتملتها اي الصفة الصحة فوجدت في المرض فمن راس
المال في الاظهر ٥ لانه حين لم يكن متهما بابطال حق الورثة والثاني يعتق
من الثلث اعتبارا بوقت وجود الصفة فان العتق حينئذ يقع ثم الخلاف فيما اذا

وجدت الصفة بعد اختياره فان وجدت باختياره اعتبر العتق من
الثلث لاختياره حصول العتق في مرضه قال ولو ادعى عبده
التدبير فانكر فليس برجوع بل يحلف قال الرافعي هنا ان لم يجوز الرجوع
بلفظ الرجوع فانكاره اياه ليس برجوع وان جوزناه فهل هو رجوع ولذا
انكار الموصي الوصية والموكل الوكالة هل يكون رجوعا فيه ثلاثة اوجه
جمعها الامام احدها نعم لان هذه العقود عرضة الفسخ والرد ولو قال لست
بمدبر او لست بوكيل من جهتي او ليس هذا موصى به وجب القطع بارتفاع
هذه العقود فكذا اذا قال لم ادبر ولم اوكل ولم اوص لان قضيته
انه ليس بمدبر ولا وكيل في الحال والثاني لا لان الانكار اخبار عما
مضى فاذا كان كذبا لم يؤثر والثالث ان الوكالة ترتفع فان فائدتها العظمى
تتعلق بالموكل ولا يرتفع التدبير والوصية وهذا اظهر وهو المنصوص
عليه في التدبير اذا عرفت ذلك فاذا ادعى العبد على سيده انه دبره او
اعتقه بصفة ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في الدعاوى قلت
والذي ذكره هناك ان في دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق
بالصفة طريقان احدهما انها تسمع والثاني انها على الخلاف في دعوى
الدين المؤجل والاستيلاد اولاها بان تسمع دعواه لتنجز اثاره من امتناع
البيع والرهن وغيرها ولذلك اجاب في الوجيز طريقة التخريج على الخلاف
في الدين المؤجل وفي الاستيلاد الطريقة الاولى قال الامام وانما ينتظم
الخلاف في التدبير اذا لم يجوز الرجوع عنه فان جوزناه فانكار السيد رجوع
ورجوع يبطل مقصود الدعوى انتهى فاشعر كلامه بموافقة الغزالي وامامه وقال
في الروضة هناك قلت المذهب سماع دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق
العتق انتهى وقال الرافعي هنا وقد يبنى الخلاف في دعوى التدبير على انه تعليق
عتق بصفة او وصية ان قلنا تعليق فيسمع لانه لا يملك الرجوع عنه بلفظ الرجوع
وان قلنا وصية فوجهان بناء على ان انكاره هل يكون رجوعا ان قلنا وهو
الاظهر عند اكثر الاصحاب فيسمع وان قلنا نعم فلا تسمع ثم قال وفي المهذب وغيره

ان

ان المذهب سماع الدعوى بالتدبير وتعليق العتق بالصفة انتهى وذكر
الامام والغزالي ان الشافعي نص على ان دعوى الدين المؤجل لا يقبل
اذ ليس فيه لزوم ناجز ونص على قبول دعوى التدبير قال في البسيط وهذا
ابعد عن القبول فاتفق الاصحاب على اجراء الخلاف في المسئلتين انتهى ولم
يذكر وكثيرون هذا التخريج وحاصل الحاوي وما احسنه انه اذا ادعى
العبد التدبير على سيده فجحد اياه فان اراد بجحوده تعجيل بيعه لم يكن بجحوده
ثابتا تسمع به بينة او يؤخذ فيه يمين لان له ابطال تدبيره ببيعه وان اعترف
به فلم يستفد العبد بدعواه ما يمنع البيع وابطال التدبير به وان اراد ان
يسترقه على ملكه سمعت دعواه على السيد فان جحد وقلنا التدبير تعليق لم
يكن جحوده رجوعا فيه وطولب العبد ببينة وهي عدلان ذكران فان اقامها
حكم له بالتدبير وان عدمها احلف سيده انه ما دبره فان نكل ردت اليمين
على العبد فان حلف ثبت تدبيره وان نكل بطل وان جعلناه كالوصية
في جواز الرجوع فيه بالقول فهل يكون جحوده رجوعا فيه وجهان المنصوص
انه لا يكون رجوعا والبينة مسموعة واليمين واجبة قال وان كان الجاحد
للتدبير الورثة سمعت دعواه على الاحوال كلها فان كان له بينة سمعت
على التدبير لا على العتق لان عتق التدبير حكم والبينة تسمع على ما اوجب
الحكم لا على الحكم فان عدم البينة احلف الورثة وكان واجبا عليه ان
يحلفهم لئلا تسترق بعد عتق فان حلفوا كان حلفهم على العلم دون البت
وخيروا بين الحلف على نفي التدبير وبين الحلف على نفي العتق بخلاف البينة
التي لا تسمع الا على التدبير دون العتق فان حلفوا على نفي التدبير حلفوا
والله لا نعلم انه دبرك ولا يلزمهم ان يقولوا في اليمين وانك لباق على الرق
وان حلفوا على نفي العتق حلفوا والله لا نعلم انك عتقت وهل يلزمهم ان يقولوا
فيها وانك لباق على الرق فيه وجهان احدهما لا كما لا يلزمهم اذا حلفوا على نفي
التدبير والثاني يلزم هنا والفرق ان التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار
على نفيه والعتق حكم الدعوى في حق العبد والرق حكم الانكار في حق الورثة فلزم

الجمع بين الامرين نفيا واثباتا فان حلفوا على ما وصفنا فذاك وان نكلوا
حلف وعتق بالتدبير وان نكل كان على رقه موروثا ووجب عليه ان يحلف
اذا علم انه صادق فيما ادّعاه وان لم يوخذ بها جبرا ليفك رقبته من رق
نفس والله اعلم **قال** ولو وجد مع مدبر مال فقال كسبته بعد موت
السيد وقال الوارث قبله صدق المدبر بيمينه اي عند احتمال صدقه لان
اليد له والاصل عدم كسبه له وقد قدمنا المسئلة **قال** وان
اقاما بينتين قدمت بينته اي لاعتضادها باليد وسبق الكلام على ما لو
اقام الوارث بينة على ان هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد قال
الماوردي وان كان للوارث بينة تشهد بتقدم كسبه حكم بها وبينته شاهدان
او شاهد وامراتان او شاهد ويمين لانها بينة على استحقاق مال وهذا اذا
شهدت البينة انه اكتسبه في حياة سيده واما لو شهدت انه كان في يده في
حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة
احدهما تقبل ويحكم به للوارث والثاني لا تقبل ويكون للمدبر بيمينه **فروع**
مبددة قال الرافعي قول المدبر في حياة سيده او بعد موته رددت التدبير
لغو لا يقدح في التدبير **قلت** وهذا اذا لم يعلقه بمشيئته فان علقه
بها فسبق بيانه وتفصل الماوردي فيه ○ دبّر عبدا وقيمته مائة وله مائتان
لاغب ببلد آخر او على معسر ثم مات فلا شك في انه لا يحكم بعتق جميعه في الحال مع
وجود الوارث الخاص وهل يحكم بعتق ثلثه وجهان اختيار القاضي ابي
حامد منهما نعم قال الماوردي والبغداديون الاكثرون وقال القاضي ابو الطيب
في نظرها من الوصايا انه ظاهر المذهب وقال الامام ان الذي نص عليه الشافعي
مقابله وهو المذهب عند البندنيجي والاصح في التهذيب وقال الماوردي
ان الشيخ ابا حامد اختاره فعلى هذا ان حضر من الغائب او الدين نصفه عتق
من المدبر نصفه وان حصل كله عتق جميعه وان تلف كله عتق ثلث المدبر وعلى
الاول قال القفال للورثة التصرف في الثلثين فان تلف المال استقر تصرفهم
وان حضر المال نقض تصرفهم فلو كان تصرفهم عتقا قال ابن سريج ولا الثلثين

للوارث وفيه وجه عن الصيدلاني ان كل الولاء للمورث قال الامام
وهذا في نهاية الاشكال بل لا ادري له وجها في الصحة فان التدبير لا سبيل
الى ردّه بسبب غيبة المال فلا وجه الا التوقف الى عود المال فان تحقق
عوده فالوجه ان نقول تبين نفوذ العتق عند الموت اذ لا سبيل الى تنفيذه
بعد الموت وان تلف المال تبين نفوذ العتق في ثلثه عن جهة التدبير فاذا
كان انشاء الورثة اعتاقا فنتبين ايضا عند تلف المال نفوذ اعتاقهم عن
انفسهم في الثلثين وانما التباس المسئلة في شيء وهو ان المال الغائب اذا حضر
فالتعذر الذي كان امس لا تتبين زواله والقدرة على الثاني في الحال لا تعطف
على ما مضى فلو قلنا تبين وقوع العتق حالة الموت لكنا نعتد بالعتق مع تحقق
التعذر في الثلثين فان احتملنا هذا فالجواب ما قدمناه وان ترددنا فيه فموجبه
حصول العتق يوم القدرة ثم وان قلنا بذلك فتصرف الورثة قبل هذا يجب
ان يكون مردودا فان العتق وان لم ينفذ فهو موقوف ثم قال ومما يتصل
بذلك ان المدبر اذا مات وخلف العبد المدبر وتركة تفي بثلثها بقيمة العبد
لولا دين مستغرق فلا يحكم بنفوذ العتق ما لم يبرأ من الدين فلو مرت ايام
من موت المولى فابرأ مستحق الدين فنتبين عتق المدبر عند الموت اسنادا ام
يحكم بانه منجز من وقت سقوط الدين هذا فيه التردد الذي ذكرناه والاظهر
في هذه الصورة ان لا استند العتق بل يتنجز من وقت سقوط الدين انتهى ○
لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت الصفة وهو محجور
عليه بسفه عتق ان قلنا العبرة بحال التعليق وان قلنا بحال وجود الصفة
فكاعتاق المفلس ○ ولو علقه بصفة فوجدت الصفة بعد ما جن او حجر عليه
بسفه يعتق وجها واحدا قاله في التهذيب وفرق بان حجر المرض والفلس
كلاهما لحق الغير هذا للورثة وهذا للغرماء بخلاف حجر السفه والجنون وعن صاحب
الافصاح انه لو قال ان جننت فانت حر فجن ففي العتق وجهان قال الرافعي
وقد يخرج هذا الخلاف فيما اذا كان التعليق بصفة غير الجنون فوجدت
الصفة في الجنون ○ ولو قال ان مرضت مرضا مخوفا فانت حر فمرض مرضا مات منه

لتنجيز العبد ويكون عتقه من الثلث وقيل من راس المال لان التعليق وقع في الصحة ولو مرض مرضا مخوفا ثم برا منه عتق من راس المال وقيل لا يعتق ولبس بشي **فايده** في كتاب الكتابة من تعليق البغوي لو قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فخدمه ثلاثة ايام يعتق ولا يعتق بدونها وقال ابو حنيفة لا يعتق حتى يخدمه عشرة ايام وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق حتى يخدمه سبعة ايام لان الايام كلها سبعة وما زاد يكون تكرارا لما سبق **خاتمة** في تعليق البغوي هنا عبد قطع يد انسان خطا واعتقه مولاه فقال القاطع قطعت يدك وانت عبد وقال المجني عليه بل كنت حرا قال ابو حنيفة القول قول العبد اذا علم انه كان عبدا وكذلك لو ان العبد اتلف مالا فقال العبد اتلفت وانا عبد وقال المدعي لا بل كنت حرا فيكون القول قول العبد اذا علم رقه ولو قال السيد قطعت يدك وانت عبدي فقال العبد بل قطعتها وانا حر فالقول قول العبد مع يمينه في قول ابي حنيفة وابي يوسف كالاولى وقال محمد القول قول المولى قال البغوي وقال الشيخ ابو علي السنجي ينبغي ان يكون المسلة على قولين عندنا بناء على تبعيض الاقرار لانه اقر بشي ثم وصل به ما يبطله كما لو قال الف من خمر قال البغوي لا بل ينبغي ان يكون القول قول العبد في المسلة الاولى وفي الثانية القول قول المولى مع يمينه لان الاصل يعارضه كما لو اقر بشي او اتلف شيا ثم قال كنت صغيرا يوم الاقرار والاتلاف كان القول قوله لان الاصل بقاء الصغر قال ولو قال السيد لعبده اخذت منك درهما وانت عبدي او قال لامته جامعتك وانت امتي وانكر ذلك وقال بل فعلت وانا حر فالقول قول المولى مع يمينه على قول ابي حنيفة واصحابه قال البغوي وجب ان يكون الحكم فيه كما ذكرنا من قبل وكذا في قطع اليد والله اعلم بالصواب وبالله التوفيق واسال حسن الخاتمة

كتاب الكتابة

قال الايمة هي ماخوذة من الكتب وهو الضم والجمع فسمي هذا العقد كتابة لانه يضم فيه النجم الى النجم وقيل سميت كتابة لانها توثق بالكتابة من حيث انها موجلة منجمة وما فيه الاجل تستوثق بالكتابة ولذلك قال تعالى فاكتبوه وهي خارجة عن قياس المعاوضات من جهة انها دائرة بين السيد وعبده وان العوضين له وان المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية فليس له استقلال الحر ولا عجز المملوك ولكن الحاجة داعية اليها فقد لا يسمح السيد بعتقه مجانا والعبد لا يتشمر للكسب تشمره اذا علق عتقه بالتحصيل والاداء فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجعالة والاصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والاحاديث الاتية في اثناء الباب قال الروياني والكتابة اسلامية لا تعرف في الجاهلية وقيل اول من كوتب عبد لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وكانت من اعظم مكاسب الصحابة رضي الله عنهم **قال** هي مستحبة ان طلبها رقيق امين قوي على كسب قيل او غير قوي ولا تكره بحال هنا امور **الاول** لا تجب الكتابة عندنا بحال ان طلبها السيد بلا خلاف وكذا ان طلبها العبد على المشهور وروى صاحب التقريب قولا غريبا انها تجب اجابته واليه ذهب بعض السلف وابن جرير الطبري لظاهر الاية قاله في البسيط والنهاية وهذا لفظها قال صاحب التقريب ورد الشافعي جوابه في هذا في بعض مصنفاته ولم يبعد القول بوجوب الاجابة ثم حكى قولا مرسلا للشافعي على هذا النحو وعضد بنا الشافعي اصل الكتابة على الايتاء وقد اوجب الايتاء تعويلا على قوله تعالى واتوهم وذلك يعطون على قوله تعالى فكاتبوهم وهذا غريب لم ار لغيره ولست اعتد به وذلك لان الصيغة ليست ممتنعة عن الحمل على الندب ولو حملناها على الايجاب لبطلت اثار الملك واحكام الملاك ولزوم اطراد الرق فليس يليق بوضع الشرع ايجاب انشاء الكتابة انتهى **قلت** ويشبه ان اصل هذا التردد به قول الشافعي في الام ولم اكن امتنع ان شاء الله من كتابة مملوك لي جمع القوة والامانة ولا لاحد

لعله الا اجر بالبا

ان يمتنع منه ثم قال الربيع متصلا به قال الشافعي ولا اسن ان يجبر الحاكم
احدا على كتابة مملوكه لان الاية محتملة ان تكون ارشادا واباحة انتهى
فقوله ولا الاحدان يمتنع منه يفهم الوجوب لكن قوله ولا اسن ان يجبر الحاكم
يحالفه الا ان يقول قايل يلزمه ذلك ولا يجبره الحاكم عليه وهو بعيد
ثم رايت الامام قال ذكر الشافعي في بعض مجموعاته لفظة يتعلق بها الغرض
قال اما انا فلا امتنع من كتابة عبد جمع القوة والامانة وظني ان ما حكاه
صاحب التقريب ماخوذ من هذا فان كان كذلك فلا وجه له فان الشافعي
قال هذا انا تنان في حق نفسه الخروج من الخلاف واستدراك الاجر والافضل
وهذا كقوله لو كنت انا الواحد لحسبت القليل والكثير ولو وجدت تحان
لحسبتها وقال اما انا فلا اقصر فيما دون ثلاثة ايام وان كان القصر مباحا
ومثل ذلك كثير له انتهى ولم يقع للامام قوله في الام ولا الاحد ان يمتنع منه
وهو يرد تاويله ويحقق ما ظنناه والله اعلم **الثاني** يستحب الاجابة
اذا التمسها العبد الامين القادر على الكسب وبهما فسر الشافعي الخير في الاية
الكريمة واعتبرا لقدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يوديه والامانة لئلا
يضيع ما يحصله وعبارة المحرر وغيره الكسب وهي احسن من سكوت المصنف لان
قضيته انه متى قدر على كسب ما وان قل استحبت اجابته والظاهر ان المراد
القدرة على كسب ما يفي بالنجم الملتزم وينبغي ان يعتبر ذلك وما يدفع منه
بعد كفايته ولا يخفى ان المراد هنا الاكتساب بحرفة مباحة من صنعة وغيرها كالخطاب
والاحتشاش والاصطياد وليس السوال من ذلك وان جوزناه فيما اراه فقد
روي في مراسيل ابي داود في تفسيران علمتم فيهم خيرا ان علمتم فيهم حرفة ولا ترسلوهم
كلا على الناس **الثالث** اقتضى كلام المصنف انه اذا لم يكن
امينا لا يستحب اجابته وبه صرح في المحرر وهو الصحيح لما فيه من الاضرار بالسيد
وقيل يستحب لكنه دون الاستحباب فيما اذا اجتمع الوصفان وان كان امينا غير
قادر على الكسب ففي الاستحباب الوجهان في الكتاب وجه الندب انه اذا عرفت
امانته اعين بالصدقات ليعتق ووجه المنع وهو الاصح وبه قطع المراوزة كما قال

للامام

الامام عدم الوثوق بذلك **الرابع** اقتضى كلام التنبيه وغيرهما
انه اذا انتفى الوصفان جميعا لا يستحب الاجابة بلا خلاف لانه قد يجعله
بالاستقلال خيالا ويعجز نفسه احيانا ويرجع العتق فيه بعيد وقال الدارمي
قال ابن القطان يستحب مكاتبته وان كان خائنا غير مكتسب وهو غريب
الخامس اطلق المنهاج تبعا للمحرر انها لا تكره بحال وقال في الروضة
والشرح فان فقد الشرطان لم يستحب ولكن لا تكره لانها قد تفضي الى
العتق وقال ابن القطان تكره انتهى والدارمي ذكر عنه الاستحباب في
هذه الحالة فاحذر التقليد سهوا او اختلف جوابه وقولهما لا تكره اخذا من
قولهما في مختصريهما لا تكره بحال وقال في الحاوي اذا فقد الوصفان لم تستحب
وهل الى المنع اقرب لانه لعدم الكسب عاجز ولعدم الامانة خائن انتهى وفي
نسخة وهل الى المنع ام الجواز اقرب وكانه يشير الى ثبوت الكراهة دون الحظر
ولا يبعد ان يقال اذا كان العبد فاسقا او سارقا والامة فاجرة عاهرة
وفي معناها الامرد الممكن من دبره وعلم السيد انه لو كاتبهما مع العجز
عن الكسب لوقعا في الكسب بالطرف المشار اليها انه لا يجوز له الاجابة
لما تضمنته من التمكين من الفساد والاعانة على غير السداد وكذلك العبد
الزنا او السرقة وغلب على الظن ان كل ما يكسبه بحرفة اليها انه يحرم اجابته
ولا اقل من كراهة اسعاف هولاء بالاجابة الى الكتابة وفي المسالة بحث طويل
ذكرته في الغنية **قال** وصيغتها كاتبتك على كذا منجما اذا
اديته فانت حر وتبين عدد النجوم وقسط كل نجم اي صونا له عن الجهالة
ما امكن ولا يعتبر تساوي النجوم وقيل يصح الاطلاق ويحمل على التسوية
حكاه الماوردي قال ولا يشترط على الصحيح من مذهب الشافعي تعيين
ابتداء النجوم بل يكفي الاطلاق ويكون ابتداؤها من حين العقد وان
دليل كلامه هنا انه يقتضيه **قال** ولو ترك لفظ التعليق
اي تعليق الحرية بالاداء ونواه يعني بقوله كاتبتك على كذا جاز اي لحصول
المقصود بذلك وان لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم تصح الكتابة ولم يحصل

العتق وخرج قول من التدبير ان لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح
بالتعليق وعن سه وعن ابي اسحق انه ان كان الرجل فقيها صحت كتابته
بمجرد اللفظ والا فلا بد من التعليق او سه وقال الامام ان قوله اذا اديت
فانت حر ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة وانما هو نطق بمضمون العقد
الغالب والغرض ازالة التردد في لفظ الكتابة ولذلك قد يحصل العتق
بغير الاداء ويكتفى بالنية من غير لفظ التعليق ولو كان التعليق مقصودا
لبعد حصوله بالنية في ظاهر الحكم انتهى **قال** ولا يكفي لفظ كتابة
بلا تعليق ولا نية على المذهب لان الكتابة تقع على هذا العقد وعلى المراسلة
والمخارجة مثل كاتبتك كل يوم بكذا فلا بد من التمييز باللفظ او النية ومقابل
قوله المذهب القول المخرج وطريقة ابي اسحق ولا شك انه لا يكفي قوله كاتبتك
بمفردها بحال كما لا ينعقد البيع بقوله بعتك ولم يذكر العوض **قال**
ويقول المكاتب قبلت اي ونحوه لكن من الفاظ القبول كغيرها من العقود
ويشترط ان يقبل على الفور كما مر في البيع ونحوه من المعاوضات **اشارات**
منها قوله وصيغتها اي من الناطق اما الاخرس المفهم فتكفي اشارته
بها كسائر عقوده كما مر مرات وهل تكفي كتابة غير المفهم كما تكفي اشارة المفهم
فيه نظر ولم ار فيه شيئا **ومنها** ظاهر كلامهم انها لا تصح من الناطق الا
بصيغة كاتبتك وانه لا يصح لها الا ذلك بصيغته كما سبق وانه لا كناية لها
وهو مشكل ولا يبعد انعقادها بالكناية كالبيع على المذهب بالمراسلة والمكاتبة
كما نص عليه الشافعي في البيع وكلامهم ساكت عن ذلك وفي الحاوي عن ابي
اسحق ان الشافعي جعل الكتابة صريحا من العالم وكناية من الجاهل قال
فجعل الكتابة والتدبير صريحين من العلماء كنايتين من الجهال ورده بانه سوى العالم
والجاهل في صرائح الطلاق وكناياته وفيه نظر بيناه قال الرافعي وحكى الصيدلاني
عن بعض الاصحاب انه اذا ذكرها تتميزت الكتابة عن المخارجة كفى مثل ان يقول
تعاملني واضمن لك ارش الجناية او تستحق مني الاسا او من الناس سهم الرقاب
قلت
كفى ذلك ولا يحتاج الى تعليق الحرية بالاداء واسلم مما سبق من كلام الامام

ويظهر

ويظهر انه لو قال له السيد عاقدتك على كذا منجما او عاوضتك على فاذا
اديته فانت حر انه يصح ويكون كتابة صحيحة نظرا الى المعنى فان لم
يكن صريحا لعدم الورود او الاستعمال فليكن كناية فاذا قبل صح كالبيع
ومنها قضية كلام صاحب الخصال انه لا يكفي فيه التعليق
على الاداء حيث قال ولا تتم الكتابة الا بوجود ثلث عشرة خصلة الى ان
قال ويكون الموضع الذي تقبض فيه العوض معلوما او يقول السيد فاذا اديت
فانت حر ولفظ نص البويطي واذا كاتب عبده على كتابة جائزة ونجوم معلومة
ولم يبين في الكتابة فاذا اديت فانت حر لم يعتق وكان ما اخذ السيد له دون
عبده بحاله انتهى وفيه اشعار بانه لا يكفي النية ايضا على توقف فيه فان في
لم ار خلافا نصا في عدم الاكتفاء بالنية **قال** وشرطهما تكليف
واطلاق اي واختيار اما اعتبار التكليف فيهما فظاهر فلا تصح كتابة صبي وصبي
ولا مجنون ولا اعتاقهما على مال باذن الولي ودونه لسلب عبارتهما ولا خلاف
اعتبار تكليف العبد ثم قيل لم لا يقال اذا جوزنا وصية الصبي المميز واعتاقه
مجانا في مرض الموت فلم لا يصح ان يكاتب عبده المكلف والكتابة قربة ايضا وجوابه
انها عقد معاوضة وعبارته ساقطة في عقود المعاملات **تنبيهات**
منها قوله قد يفهم انه لا يصح كتابة السكران العاصي بسكره لانه يرى
انه غير مكلف والمذهب انه مكلف وانه يصح بيعه وغيره من عقوده كما بيناه مرات
ومنها قوله والاطلاق يفهم اعتبار الاطلاق فيهما والمحرر وغيره انما
ذكروه في السيد قالوا فلا يصح كتابة المحجور عليه بالسفه كبيعه ولا يحصل العتق
بتسليم المال اليه في حال الحجر ولا بعد زواله واوردوا السؤال عن كتابته في
مرض الموت اذا خرجت من الثلث واجيب بانه غير اهل للمعاوضة كالصبي
ومنها خرج بقيد الاطلاق ايضا المحجور عليه بالفلس فلا تصح مكاتبته
نص عليه في الام ويشبه ان يكون على الخلاف المشهور في تصرفاته وقد سبق
بيانه وقد يفهم قيد الاطلاق انه لا يصح مكاتبة المكاتب عبده وان اذن له
سيده وفيما اذن له خلاف يأتي بيانه ان شاء الله تعالى **ومنها** ما افهمه من

من اعتبار الاطلاق في العبد غريب وعبارة المحرر ويشترط في السيد
المكاتب التكليف والاطلاق وعبارة الشرحين وغيرهما يعتبر في السيد
لتصح الكتابة شيئان التكليف واهلية التبرع والذي نص عليه الشافعي
والاصحاب اعتبار البلوغ والعقل في العبد لا غير وحينئذ فقول المصنف
والاطلاق يجب تاويله وتنزيله على السيد وقد يقال يمكن الاحتراز به عما لو
كان ماذونا له في التجارة وقد ركبته الديون وحجر الحاكم عليه في اكسابه لتصرفها
في ديونه فلا يصح كتابته في هذه الحالة وهذا تكلف لم يرتب له نعم سبق في
باب العبد الماذون عن التنبيه والتحرير للجرجاني انه يشترط في صحة
الاذن في التجارة ان يكون العبد رشيدا واستغربناه فقد يقال قياسه انه
يعتبر فيه اهلية التصرف لنفسه لو كان حرا واطلق المصنف في البيوع
ان شرط العاقد الرشد وقالوا هنا ان العبد بمنزلة المشتري لكن الاصحاب
مصرحون بصحة مكاتبة من تلبس بخلاف الرشد اذا كان مكلفا وفي الجملة
فالصواب صحة كتابة العبد الفاسق المبذر والله اعلم **ومنها** لا بد
من الاختيار فيهما كما نبهنا عليه فان اجبرا او احدهما فالكتابة باطلة **ومنها**
قال في الابانة يشترط ان يكون السيد المكاتب بصيرا بخلاف العبد وهو حسن
ولا يغني عنه قيد الاطلاق في السيد فيما اراه لكن سبق في البيوع ان الاصح
خلافه **ومنها** وقع في الروضة والشرح وهذا لفظها ولا تصح كتابة محجور
عليه بسفه ولا يحصل العتق بتسليم المال اليه لا في حال الحجر ولا بعد ارتفاعه
وحكى الفوراني خلافا فيما لو سلم المال اليه في حال الحجر ثم ارتفع حجره انه هل
يعتق بالتسليم السابق انتهى وعبارة الرافعي وعن الفوراني فافهم انه لم
يقف على كلامه وافهما انه ذكر ذلك فيما اذا كاتب وسلم المال في حال الحجر
عليه وليس كذلك وعبارة الابانة والعمد ولو كاتب عبده ثم حجر عليه القاضي
لسفه فدفع المكاتب النجوم اليه لم يعتق به ولو اطلق الحجر فهل يعتق بالاداء السابق
منهم من يجعل المسئلة على قولين بناء على المرتد ومنهم من فصل وقال قولا واحدا
لا يحتسب لان الحجر لا يتجزأ واشار بالبناء الى قوله قبله انه لو كاتب عبده ثم ارتد

المولى

المولى لا يبطل الكتابة ولو دفع اليه العبد النجوم ثم عاد الى الاسلام
فهل يحكم بالعتق بالاستيفاء السابق على قولين بناء على عقوده بعد الحجر
هل يوقف قولان انتهى **ومنها** ليس لولي محجور عليه بصبي
او جنون او سفه ان يكاتب عبده نص عليه الشافعي واتفقوا عليه فيما علمت
وسواء الاب وغيره وفي النفس منه شيء عند ظهور الغبطة في ذلك ولم لا
يحتمل الخطر اليسير في مكاتبة بعض العبيد القليل الفقيه على العوض الكثير
حيث يغلب على الظن انه لو كوتب عليه لحملته الرغبة في الحرية على الجد في
كسبه ولو بقي رقيقا لم يكتسب ما يقوته وقد اشار الشافعي في الام الى هذا
السوال ورده وكلامه مصرح بالمنع مطلقا ولم يتضح لي ولعله اخف خطرا
من القراض بماله قال الشافعي والاصحاب فلو ادى العبد الى الولي ما كاتبه
عليه لم يعتق لبطلان التعليق **فرع** اذا كاتب السيد المطلق
التصرف عبده الصبي او المجنون لم تثبت بهذا العقد حكم الكتابة الفاسدة
لان قولهما لغو نعم اذا ادى المال عتق بحكم الصفة دون العقد ولا يرجع
السيد عليهما بشي هذه رواية المزني وصححها ابو اسحق والجمهور وروى
الربيع انه تثبت التراجع عند كتابة المجنون ويتبعه ما فضل من كسبه ووافقه
ابن سريج وقيل في المسئلة قولان وقيل رواية الربيع محمولة على ما اذا وقع
العقد في خلل عقل بمرض ورواية المزني على ما اذا وقع في حال الجنون
قال ابن الرفعة ولا شك ان الخلاف يجري فيما اذا كاتب الصغير ايضا لان
المجنون اسوا حالا منه انتهى وقال الرافعي في طريقة الصيدلاني الامتناع
من اجراء الخلاف في الصبي وفرق بان الجنون عارض واجرى البغوي
في الصبي ما قيل في المجنون وعبارة تعليقه واما لو كاتب عبده الصبي
فقيل هو فاسد فاذا ادى المسمى او اخذه السيد منه عتق لوجود الصفة
ولا يثبت التراجع **قال** وكتابة المرض اي مرض الموت من الثلث
اي سواء كاتبه على مثل قيمته او اقل او اكثر منها فان كان له مثلاه اي
عند الموت صحت كتابته كله اي لخروجه من الثلث حيث لا مزاحم **قال**

فان لم يملك غيره وادى في حياته ما يبين وقيمته مائة عتق اي لانه يبقى
للورثة مثلاه ٥ وان ادى مائة عتق ثلثاه لما ذكرناه وسقط المسلة انه
اذا لم يملك سواه وادى النجوم في حياة السيد فان كاتبه على مثل قيمته عتق
كله لانه يبقى للورثة مثلاه وان كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه لانه
اذا اخذ مائة وقيمته مائتان فينفذ التبرع في ثلث الباقين وهو ثلثا
المائة ويخالف ما اذا باع نسيه في مرض الموت بثمن المثل واخذ الثمن
حيث يصح البيع في الجميع لانه لولم يبع لم يحصل له الثمن وههنا لولم يكاتب لحصلت
له اكسابه ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه
تنبيهان احدها احترز المصنف بقوله وادى النجوم في حياته
عما لولم يؤد منها شيئا حتى مات فانه ينظر ان لم يجز الورثة ما زاد على الثلث
فثلثه مكاتب فاذا ادى حصته من النجوم عتق وهل يزاد في الكتابة بقدر
نصف ما ادى وهو سدس العبد اذا كانت النجوم مثل القيمة فيه وجهان
اصحهما ونص عليه لا لان الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا تعود فعلى هذا
الباقي منه قن على الظاهر وثانيهما نعم كما لو ظهر للميت دين او نصب شبكة
فتعلق بها صيد بعد موته فانه يزاد في الكتابة ثانيها لو اوصى السيد
في حال الصحة قطع المرض فصل لعبد لم ادفعه شيئا والظاهر انه كما لو وقعا
معا في المرض واذا اجاز الورثة صحت الكتابة في الجميع فاذا عتق باداء النجوم
مولا جميعه للوارث على قولنا الاجازة تنفيذ وان قلنا ابتداء عطية فولاء
الثلث للوارث وولاء الثلثين لهم على قدر مواريثهم وان اجازوا في بعض
الثلثين فعلى التنفيذ يصح فيما اجازوا وعلى ابتداء العطية يجري الخلاف
في تبعيض الكتابة ثالثها كاتب في الصحة وقبض النجوم في مرض موته
او قبضها الوارث بعد موته صح القبض وكانت الكتابة من راس المال ولو اقر
في المرض بانه قبض النجوم في الصحة او في المرض قبل اقراره وكان الاعتبار
من راس المال كما لو اقر لاجنبي بشي فرع لو كاتب في الصحة ثم ابرا عن
النجوم في مرض الموت او قال وضعت عنه النجوم او اعتقته فان خرج من الثلث عتق

كله وسقطت عنه النجوم والا فان لم يكن له مال سواه فان اختار
العجز عجز ثلثه وعتق ثلثاه وان اختار بقاء الكتابة فان كانت النجوم
مثل القيمة فاصح الوجهين انه يعتق ثلثه ويبقى الكتابة في الثلثين
والثاني وبه قال ابو علي ابن ابي هريرة والطبري انه لا يعتق ثلثه ما لم
يسلم للورثة الثلثان اما باداء النجوم الثلثين او بالعجز وان كان بين النجوم
والقيمة تفاوت فيعتبر خروج الاقل منهما من الثلث قال
وان كانت مرتبة على اقوال ملكه فان وقفناه بطلت في الجديد للاصحاب
في المسلة طريقان احداهما البناء على اقوال الملك ان ازلناه فباطلة او نقيناه
فصحيحة او وقفناه فموقوفة وبهذا قال ابن القطان وابن الوكيل ووجهها
ابو اسحق المروزي واختارها الشيخ ابو حامد واتباعه وقال المحاملي في
المجموع انها المذهب فيها القولان الاولان ولا يجي فيها قول الوقف
لانها عقد معاوضة والعقود لا توقف على اصل الشافعي واجاب الاولون
بان الشافعي لا يصحح العقد من غير المالك موقوفا على اجازته ورضاه
فاما انعقاد العقد موقوفا على ما سيظهر وينكشف فانه يجوز بدليل ان
يصرف المريض بالهبة والبيع محاباة ينعقد موقوفا واقتضى ايراد الرافعي
في شرحه الصغير ان الجمهور على الطريقة الاولى حيث جزم بها ثم قال وقيل
قد ذكر الثانية ثم ذكر من بعد ان الاشبه بالترجيح البطلان كما ذكر في الكبير
قال وقد يؤدي غرض الطريقين بعبارة اخرى فيقال ان قلنا بزوال الملك
لم يصح او ببقائه صحت او بالوقف فعلى الجديد والقديم في وقف العقود ثم ما
موضع الخلاف على اختلاف الطريقين فيه طرق اشبهها وهو ما اورده
الروياني وغيره ان موضعه ما اذا لم يحجر الحاكم عليه وقلنا لا يحصل الحجر
بنفس الردة فاما اذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة قلت ونسب
الماوردي الى الجمهور القطع به وثانيها انا اذا قلنا لا يصير محجورا بنفس الردة
ولم يحجر القاضي عليه صحت كتابته بلا خلاف وثالثها طرد الخلاف في الحالين
ويخرج من ذلك جميعه اذا اوردها في الروضة خمسة اقوال اظهرها البطلان والثاني

يصح والثالث موقوفة على اسلامه والرابع يصح قبل الحجر عليه وان قلنا
يصير محجورا عليه بنفس الردة والخامس يصح قبل ان يحجر عليه اما بنفس الردة
واما بحجر القاضي انتهى وعبارة الرافعي احدها انها موقوفة والثاني
صحتها والثالث صحتها قبل الحجر خاصة والرابع بطلانها والخامس بطلانها
بعد الحجر خاصة والاشبه بالترجيح على ما اورده صاحب التهذيب الوجه
الرابع وعن القاضي ابي حامد ان الاظهر الثاني وهو اختيار المزني انتهى وما
ذكر انه الاشبه بالترجيح بناه على ما صححه البغوي في اقوال الملك فقد سبق ما فيه
قال ان قيل في الام اذا ارتد الرجل عن الاسلام فكاتب عبده قبل ان يقف
الحاكم ماله فكتابته جائزة وكذلك كل ما صنع في ماله فامره فيه جائز كما كان قبل
الردة فاذا اوقف الحاكم ماله حتى يموت او يقتل على الردة فيصير ماله فيئا
او يتوب فيكون على ملكه لم تجز كتابته انتهى وقال في المختصر ولو كاتب المرتد
عبده قبل ان يوقف الحاكم ماله كان جائزا ولم يسعل الائمة عند سوى هذين
النصين وقال في كتاب البويطي واذا ارتد الرجل عن الاسلام ثم كاتب عبده
قبل ان يرجع الى الاسلام فكتابته جائزة وكل ما صنع في ماله فامره فيه جائز
كما كان قبل الردة واذا اوقف الحاكم ماله فلا يجوز انتهى فبان ان المذهب
ان كتابته قبل الحجر عليه جائزة كما هو المذهب في من طرا تبذيره بعد رشده ولم
يتصل به حجر الحاكم والتخريج على اقوال الملك من تصرف الاصحاب **تنبيهات**
وفروع قول الروضة والرابع يصح قبل الحجر عليه وان قلنا يصير محجورا
عليه بنفس الردة غريب ولم يذكره الرافعي الا ما تقدم عن لفظه وانما اخذه
الشيخ مما وقع في نسخ بالشرح في نقل الطرف والثاني في كلام ابن كج انا اذا
قلنا يصير محجورا بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم فتصح كتابته بلا خلاف ووقع في
نسخ انا اذا قلنا لا يصير الى اخر وهو الصواب في النقل وما في الروضة سهو ⊙ لو
كاتب مسلم عبده ثم ارتد السيد لم يبطل الكتابة كما لا يبطل بيعه وغيره لكن لا يجوز
دفع النجوم اليه ان قلنا زال ملكه وصار محجورا عليه فان دفعها اليه او قلنا بعدم الزوال
فقد ذكروا انه يتفرع ذلك فيما اذا كاتبه في حال ردته فلا نطيل بذكره لعدم الحاجة اليه

استجاله

استجاله ⊙ لو ارتد مكاتب لم تبطل كتابته فان هلك على الردة قبل
العتق فما كان في يده لسيده وارتفعت الكتابة ⊙ اتفقوا على جواز كتابة
العبد المرتد كما نص عليه الشافعي قالوا كما يجوز بيعه وسبق في صحة بيعه
وجه والظاهر مجيئه هنا ثم اذا ادى النجوم من اكسابه او تبرع غيره باداءها
عنه عتق وان لم يودها واسلم بقي مكاتبا وان هلك مرتدا كان ما في يده لسيده
واما العبد القاتل محاربة اذا تحتم قتله فلم ار في مكاتبته شيئا وسبق في
البيوع عن الروضة ان اصح الطرق ان بيعه كبيع المرتد وذكر ان الروياني
قال في التجربة انه لا يجوز بيعه نص عليه قال وغلط من قال بغيره بخلاف المرتد
انتهى والظاهر لا يجوز كتابته على الوجهين ⊙ قال في الام ولا اجيز كتابة
السيد المرتد والعبد المرتد الا على ما اجيز عليه كتابة المسلمين بخلاف الكافرين
الاصليين يتركان على ما يستحلان ما لم يتحاكما الينا ⊙ يصح كتابة الكافر عبده
الكافر حرا ما سوا كان السيد ذميا او معاهدا او حربيا لكن لو قهر مكاتبه الحربي
سيده في دارهم ملكه وصار السيد عبدا وارتفعت الكتابة ⊙ اذا دخل عبد
مسلم في ملك كافر فامرناه بازالة ملكه فكاتبه صحت الكتابة على اظهر القولين للعبد
كذا قاله هنا وهو الصواب في الحكاية وقال في البيوع صحتها على اصح الوجهين
ولو اسلم مكاتب الكافر بيعت قطعا وقيل قولان **قال** ولا تصح كتابة
مرهون اي لان الرهن يحوج الى البيع والكتابة تمنع منه فصارا متنافيين والظاهر
ان المعلق برقبته جناية كالمرهون **قال** ومكري اي لانه في تصرف
الغير فلا يتفرغ للاكتساب لنفسه هذا ما اجاب به الاكثرون ونص عليه في
الام ولفظه ولو اجر عبده ثم ساله العبد ان يكاتبه لم يكن له ذلك من قبل حق
المستاجر في اجارته وان العبد ممنوع من الكسب بخدمة مستاجره انتهى وحكى
الرافعي في كتاب الاجارة الجواز عن ابن القطان والمنع عن ابن كج بلا ترجيح
وقال في الروضة ان المنع اقوى **قلت** ويقرب ان يفصل فان كانت
الاجارة بحيث لا يتمكن معها من الاكتساب كالاستيجار للخدمة وما يستغرق
نهاره كما ورد اليه النص وبين ما لا يمنعه من الاكتساب كالحراسة ليلا فقط او

الطهارة مثلا وكسبه بخياطة او وراقة وكل ما يمكن عمله مع قيامه بما الزم
به فيصح الكتابة في الضرب الاول دون الثاني لفقد المانع المشار اليه ٥
فروع حكى الرافعي عن كتاب ابن كج انه يجوز كتابة المشغول فان
مات السيد قبل اداء النجوم عتقت من راس المال وان ابا الحسين خرج وجها
انه لا يجوز وهو ما نقله الروياني في التجربة عن اشارة النص في الام ووجه
بان الكتابة اعتياض عن الذمة ورقبته مرهون والاظهر الاول ٥ قال ابن
الرفعة لا يجوز مكاتبة الموصى بمنفعته في الاصح **قلت** الجواز فيمن اوصى
بمنفعته ابدا ابعيد الا اذا قلنا بجواز مكاتبة العاجز عن الكسب لتوقع العتق
بالصدقات نعم من اوصى بمنفعته مدة يشبه ان يفصل فيه فيقال ان كانت
طويلة بحل النجوم قبلها فلا وان كانت قريبة تنقضي قبل حلول النجم او قد بقي من
الطويلة ومن يسير يمضي قبل محل النجم بما يتسع لتحصيله فيجوز وكذا ينبغي ان يقال
في المكري والله اعلم ٥ الظاهر ان من يحتم قتله في الحرابة لا يصح مكاتبته بخلاف
المرتد ولم ار فيه نقلا ويحتمل ان يجري فيه خلاف من الخلاف في صحة بيعه ٥
حكي عن صاحب البيان انه ذكر في كتاب البيع انه لا يصح كتابة المغصوب وان كلام
المتولي يقتضي الصحة **قلت** ويشبه ان يقال ان كان يقدر على الهرب
والتخلص صحت وكذا لو كان يتمكن مع دوام يد الغاصب من الكسب والادا
صحت والا فلا والله اعلم **قال** وشرط العوض كونه دينا ليلتزمه في
الذمة ثم يحصله فيؤديه وانما اشترطت الدينية ليخرج عن الاعيان لانه لا يملك
شيئا **قال** مؤجلا اي فلا يصح الحالة اتباعا للصحابة رضي الله عنهم
ولانه عاجز في الحال فيكون كالسلم في ما لا يوجد عند محله وقد اتفق منه شي
في بعض الصور واجاز مالك وابو حنيفة وغيرهما الحلول واختاره الروياني
في الحلية وما يجاب به عما يورد من انه لو كوتب على قدر من الملح وهما على مملحة
فانه يمكنه تسليمه في الحال عقيب العقد من انه لا يملك الملح ما لم ياخذ والاخذ
يتاخر عن الكتابة وقد يعرف عند عاقد لا يخفى ضعفه **اشارات**
منها قال الرافعي يلزم من اشتراط التاجيل اشتراط الدينية اذ الاعيان

لا تقبل الاجل فيستغني عنه بذكر التاجيل قاله مناقشا للغزالي وهذه
المسامحة يلزم المحرر والمنهاج واجاب ابن الصلاح بان دلالة الالتزام لا يكتفى
بها في المخاطبات وهذان وصفان مقصودان انتهى **ومنها** ما تقدم
من ان الكتابة على الاعيان لا يصح هو المعروف ورايت في تجريد الجرجاني
والكتابة كالبيع في انها لا تصح الا من مكلفين مختارين بايجاب وقبول وعوض
معين او موصوف في الذمة وقال في الشافي وتصح بعوض معين وفي الذمة
انتهى وقضية كلامه صحتها على العين ثم ذكر من بعد انها تفارق البيع في انها
لا تصح الا مؤجلة وكذا او تاجيل الاعيان غريب فقول صدر كلامه لكن رايت
في فروق الجويني انه لو كاتبه على سعة طعام بعينها ودينار محله صبيحة الغد صحت
الكتابة وكانت على نجمين احدهما الطعام والثاني الدينار هذا لفظه وهو غريب
ومنها اذا قلنا العبد يملك بتمليك سيده او غيره كما بيناه هناك فيحتمل
ان يقال يصح الكتابة الحالة وعلى الاعيان ويجوز ان يكون ما وقع في كلام ابن
مجلد من تفاريع ذلك القول فتامله **ومنها** اطلاقه في الدين يشمل ما يعم
وجوده في المحل وما يندر وفي الثاني وجهين فان جوزنا فانقطع لم ينفسخ العقد ويتين
والا فكالسلم فيه ينقطع والاطلاق يشمل ايضا ما اذا كاتبه على مال عظيم في نجمين قصار
بحيث لا يمكنه تحصيله فيهما عادة كما لو كاتبه الى اجل ساعتين على مال عظيم وفي
هذه الصورة وجهان جاريان فيما لو قال كاتبتك على خمسين دينارا تؤديها
الي في هذا اليوم وعشرة بعد سنة ويبنى الوجهان على ان المنع في الكتابة الحالة
لاجل تحقق العجز او لكون الغالب عدم القدرة على المال في الحال هكذا نقل
ابن الرفعة وعبارة الروضة وهل يجوز الكتابة على مال كثير الى نجمين قصيرين
او الى قصير وطويل بشرط اداء الاكثر في القصير وجهان اصحهما نعم **قال**
ولو منفعة اي كبناء وخياطة ونسج او نسخ معلومات ونحوها كما يجوز ان يجعل
المنافع اجرة وثمنا ومنجما بنجمين فاكثر لانه الماثور عن الصحابة رضي الله عنهم
فمن بعدهم قولا وفعلا قال الائمة ولو جاء على اقل منها لا ابتدروا تعجيلا للقربة
ويروى مرفوعا الكتابة على نجمين وهذا ان صح ولا احسبه يصح ولان اسفاف

الكتابة من النجم والدراهم وقضيته اطلاق المصنف انه لو جعل محل
النجم الاول في اخر الشهر والثاني في اوله انه يصح وفيها وجهان وجه المنع
ان الاتصال يجعلهما كالنجم الواحد **واعلم** ان قوله ومنجما يفهم ان
المنفعة شرطها التاجيل كالدين وسياتي ما فيه **قال** وقيل ان
ملك بعضه وباقيه حر لم يشترط اجل وتنجيم اي لانه يملك ببعضه الحر ما يؤديه
فلا يتحقق العجز في الحال وصحح الاشتراط اتباعا لما جرى عليه الاولون
وهذا احوط لا يقوى التمسك به في مسئلتنا **قال** ولو كاتب على خدمة شهر
اي مثلا ودينار عند انقضائه صحت ٥ اذا كاتب عبده على خدمة شهر
او عام من الآن ودينار بعد انقضاء الشهر او العام بشهر او يوم جاز ولو قال على
خدمة شهر ودينار عند انقضائه وهي صورة الكتاب قال الرافعي فظاهر كلام
الشافعي انه يجوز بل عن نصه في الام انه اذا شرط الدينار بعد الشهر او معه جاز
واختلف الاصحاب فيه على وجهين وعن ابن سريج ان فيه قولين احدهما وبه
قال ابو اسحق لا يجوز لان استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة
فيصيران معا كالنجم الواحد ويحكى عن اختيار ابي الطيب ابن سلمة والطبري
والقاضي ابي حامد وهؤلاء حملوا كلام الشافعي على ما اذا قال ودينار بعد
العقد بيوم او شهر وغلطوا الربيع في روايته او معه واظهرهما وبه قال ابن ابي
هريرة والشيخان ابو حامد والقفال الجواز لان المنفعة مستحقة في الحال
وللمدة لتقديرها والتوصل فيها والدينار انما يستحق المطالبة به عند انقضاء
الشهر واذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم قالوا ولا باس بكون المنفعة
حالة لان التاجيل يشترط لحصول القدرة وهو قادر على الاشتغال بالخدمة
في الحال بخلاف ما لو كاتب على دينارين احدهما حال والاخر مؤجل وبهذا
تبين ان الاجل وان كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة فليس ذلك بشرط
في المنفعة التي يقدر على الشروع في توفيتها في الحال انتهى لفظه رحمه الله تعالى
ووراه **تنبيهان** **وفروع منها** ما رواه عن ابي اسحق من
البطلان رواه عنه المحاملي وغيره وفي الحاوي فيه وجهان احدهما حكاه ابو اسحق

المروزي

المروزي

عن بعض المتقدمين من اصحابنا فذكر والثاني وهو قول ابي اسحق
المروزي وابن ابي هريرة ان الكتابة جائزة **ومنها** قال
الرافعي ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في اثناء الشهر مثل ان يقول ودينار
بعد العقد بيوم فعن ابن القطان القطع بالمنع والظاهر اجراء الوجهين
والظاهر منهما الجواز انتهى وقال البندنيجي انه ظاهر المذهب وبه جزم القاضي
الحسين وحكاه الامام عن كافة الاصحاب سوى ابي اسحق وصرح المحاملي
في المجموع بان القائل بالصحة في صورة الكتاب قال لو قال كاتبتك على خدمة
شهر وعلى دينار في اثناء الشهر يصح للمعنى الذي ذكرناه وهو ان وقت استحقاق
النجمين مختلف وهذه الطريقة اصح من طريقة ابي اسحق لان الشافعي نص
عليها في الام فقال واذا كاتبه على منفعة شهر فيحتاج ان يشترط ان يودي معها
شيئا من غيرها امامها او بعدها انتهى وقال الماوردي متصلا بما سبق عنه
وعلى تعليل الوجهين لو جعل محل الدينار في شهر الخدمة لم تصح الكتابة وقد
قاله الشافعي نصا ومن اصحابنا من رد الباب وعلله بان ما مضى من شهر
الخدمة قبل استحقاق الدينار نجم وما بقي منها بعد استحقاقه نجم آخر وهذا
التعليل فاسد لانه لو كاتبه على خدمة شهرين لم يصح لانها كتابة على نجم واحد
وليس لقائل ان يقول اجزؤها واجعل كل شهر منها نجما انتهى ويوافقه قول
الدارمي فان كاتبه على ان يخدمه كذا عقب العقد ثم كذا من مال او عرض
في نجم آخر جاز فان شرط الدينار عقب الشهر نص يجوز وقيل لا بد ان يكون
بينهما زمان فان شرط في الشهر لم يصح انتهى فحصل في هذه الصورة قولان
منصوصان وهي محتملة عند الاطلاق بخلاف ما مثله الرافعي **ومنها**
لو قال على خدمة شهر من وقت العقد وعلى خياطة ثوب موصوفة بعد انقضاء
الشهر فكقوله وعلى دينار بعد انقضاء الشهر نص عليه في الام واتفقوا عليه
وذكر البغوي انه لا بد من بيان العمل في الخدمة اذا كاتب عليها ونحوه قول الماوردي
وتوصف الخدمة بما يوصف به الاجارة وقال ابن الصباغ يكفي اطلاق الخدمة
ويوافقه اطلاقه في الام والمختصر ذكر الخدمة وعليه جرى المحاملي وغيره بل

صرحوا بالاكتفا بقوله تخدمني شهرا وقدمنا انه الموافق لما رجحوه
في الاجارة للخدمة والقياس السين بل يتعين اذا لم يطرد عرف بخدمة
معلومة **ومنها** اذا مرض في اثنا الشهر المذكور وفاتت الخدمة انفسخت
الكتابة في قدر الخدمة واما الباقي فقال الرافعي قبل هو كما لو باع عبدين
فتلف احدهما قبل القبض ففي الباقي طريقان احدهما القطع ببقا العقد
فيه والثاني ان فيه قولين وقيل تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف وهذا
ما حكاه القاضي ابو الطيب انتهى وقال القاضي الحسين تنفسخ الكتابة قولا
واحدا وهو ما نص عليه الشافعي اي في الام كما حكاه البندنيجي اذا انقضت
الكتابة في النصف انتقضت في الكل قال ابن الرفعة ولفظ الام ولو كاتبه
على ان يخدمه شهرا ثم يعطيه ما لا يعلم فمرض ذلك الشهر انتقضت الكتابة ولم
يكن له ان يعطيه احدا يخدمه مكانه ولا عليه اذا اراد ذلك السيد كما لو
استاجر حرا على ان يخدمه شهرا فمرض في الشهر لم يكن عليه ولا له ان يخدمه
غيره وانتقضت الاجارة **ومنها** ما ذكره المصنف وقدمناه من اشتراط
اتصال الخدمة ونحوها بالعقد هو فيما اذا وقع العقد على خدمته بنفسه او ان
يعمل بنفسه فلو قدم نجم المال واخر نجم العمل بان قال كاتبتك على دينار تؤديه
بعد شهر من الآن وعلى ان تخدمني الشهر الذي يليه لم يصح نعم لو كان العمل
في الذمة بان قال كاتبتك على دينار وعلى خياطة ثوب في ذمتك صفته كذا او كتابة
تؤدي الدينار بعد شهر والخياطة بعد شهرين جاز وكذا لو كاتبه على دينار
بعد شهر وعلى خدمة شهر مضمونة في ذمته بعد انقضا ذلك الشهر فان فصل بينهما
صح وان وصل فعلى الوجهين قاله الماوردي **ومنها** قضية كلام
المصنف انه لا يجوز الا الاكتفا بقوله خدمة شهر او شهر او سنة او سنتين وتقدر
كل عشرة ايام نجما او كل شهر او كل سنة عند الاطلاق لان الجميع نجم واحد
وهو صحيح نعم لو شرط صريحا كون خدمة شهر نجما وخدمة الشهر بعده نجما آخر
فقد قيل يصح والاصح المنصوص في الام المنع ولو انقطع ابتدا المدة الثانية عن
آخر الاولى كخدمة رجب ورمضان فالام يصح بلا خلاف ثم يشترط ان تتصل

الخدمة وغيرها من المنافع المعقود عليه بعقد الكتابة ولا تتاخر عنها فلو
كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يصح واما المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة
ثوب معين وبنا جدار موصوف ونحوه فيجوز فيها التاجيل **ومنها**
لا خفا انه لا بد من بيان قدر العوض وصفته واعداد الآجال وما يؤدى
عند حلول كل نجم ان لم يكتف بالاطلاق ويرتبه على السوية كما سبق ثم ان
كانت على نقد كفى الاطلاق ان كان هناك نقد منفرد او غالب والا وجب
البيان او على عرض وصفه بصفات السلم قال الدارمي فان قال في ثلاث
سنين في آخر كل سنة لم يصح حتى يذكر انقضا او انسلاخا او اول او هلالا
قال وعندي يصح انتهى وسبق في كتاب السلم بيان الآجال وما وقع في كلام
الرافعي وغيره فيها واوضحناه اكمل ايضاح **ومنها** لو قال كاتبتك
على مائة تؤديها في ثلاثة اشهر قسط كل شهر عند انقضائه قال الشيخان وتبعه
ابن ابي هريرة وغيره ولو قال تؤديها في عشر سنين لم يجز وقيل يجوز ويوزع
على عددها ولو قال في شهر كذا او في سنة كذا او في يوم كذا فهل هو مجهول
ام يحمل على اول كل منها وجهان وقال الدارمي سنين وثلاثة آخر السنة
والشهر والاسبوع فان عين يوما فوجهان احدهما يعين فيه والثاني يجوز
ويكون الى آخره انتهى ونقل الوجه الاول فيه خلل ثم بان لي ان معناه يجب
التبيين والتعيين فيه كالسنة والشهر والثاني لا يجب ويحمل الاطلاق على
آخره لقرب ما بين طرفيه وباخره يحصل تعيين الحلول والله اعلم قال ولو قال
في وسط السنة فهل هو مجهول ام يحمل على نصفها لانه الوسط الحقيقي وجهان
ومنها هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم قال الدارمي فيه طريقان
احدهما على قولين وثانيهما يشترط ان كان في بادية او خراب بعين في موضع لا يصلح
للتسليم واطلق صاحب الخصال القول باشتراط بيان محل التسليم وفي تعليق
ابرهيم المروذي قبيل باب بيع المكاتب ولا خلاف انه اذا كان لحمله مؤنة انه
لا بد من تعيين مكان التسليم انتهى وقال الشافعي في الام في باب ما يجوز عليه
المكاتبة واذا كاتبه بعرض لم يجز الا ان يكون العرض موصوفا الى اجل معلوم اذا

[illegible]

كان العوض في الكتابة لم يجز الا ان يكون كما يكون في ان سلف في العرض
سوا الاختلاف الى ان قال لو فسد اباه في موضع كذا فان برك من هذا
سالم يجز الكتابة عليه كما لا يجوز ان يسلف فيه الا هكذا انتهى وحكى ابن
كج الخلاف المذكور في السلم هنا وذكر خلافا انه لو عين موضع تخريب
هل يسلم فيه ام في اقرب المواضع اليه **قال** او على ان يبيعه كذا
مسئلة اذا شرط في عقد الكتابة ان يشتري العبد منه شيا او يشتري
هو من العبد فسدت الكتابة لانه شرط عقد في عقد **قال** ولو
قال كاتبتك وبعتك هذا الثوب بالف ونجم الالف وعلق الحرية باداية
فالمذهب صحة الكتابة دون البيع اذا كاتبه وباعه شيا على عوض واحد بان
قال كاتبتك وبعتك هذا الثوب بالف درهم الى شهرين تودي منها خمسماية
عند انقضا الاول والباقي عند انقضا الثاني فاذا اديت فانت حر فقال
العبد قبلت الكتابة والبيع او قال البيع والكتابة او قال قبلتهما جميعا فطريقان
احدهما فيه قولا الجمع بين مختلف الحكم ففي قول يبطلان واصح الطريقين
ان البيع باطل لتقدم احد شقيه على مصير العبد من اهل مبايعة السيد واذا
بطل البيع ففي صحة الكتابة قولان لانه جمع في الصفقة الواحدة بين ما لا
يجوز كما لو باع عبده وعبد غيره فان قلنا بصحة الكتابة صحت بجميع العوض
في قول وبالقسط في الاظهر فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب فما يخص
العبد يلزمه في النجمين فاذا اداه عتق وان افسدنا الكتابة قال الرافعي
فعليه اداء جميع المال لحصول الصفة فيعتق ثم يتراجعان قال الصيدلاني ويحتمل
ان يخرج قول اخر وهو انه اذا ادى ما يخص قيمته يعتق ثم يتراجعان وادعى
الامام الطريقين على نسق اخر فقال يفسد البيع لسبق ايجاب البيع على تمام الكتابة
وخرج بعضهم فيه وجها انه يصح فان افسدنا البيع ففي صحة الكتابة قولا تفريق
الصفقة وان صححناه فينتجه تخريجها على القولين في الجمع بين مختلف الحكم
هذا حاصل ما اورده الرافعي وطرح من الشرح الصغير مما نقله عن ايراد
الامام وعجب قوله في الترجيح وان قلنا انها فاسدة فعليه اداء جميع المال لا بها

النجم

نقان

بلغ مقابلة

النجم وكان الاحسن ان يقال فان ادى عتق لحصول الصفة
وقال الماوردي اذا كاتبه وباعه دارا بالف فان فصل بين العوضين
صحت الكتابة فاما البيع فان قدمه في العقد على لفظ الكتابة بطل البيع
وان صحت الكتابة وان قدم لفظ الكتابة نظر فان كان العبد قد بدا
بطلب الكتابة قبل اجابة السيد صح البيع اذا قبله العبد لان الكتابة قد تمت بطلب
العبد واجابة السيد فصار السيد بعدها مستانفا لمبايعة مكاتبه وان لم
يكن العبد قد ابتدا بطلب الكتابة وابتدا السيد بيعها بطل البيع وصحت
الكتابة هذا حكم التفصيل فان جمع بينهما في العقد ولم يفصل بني على قولي
الجمع بين مختلف الحكم فان ابطلناه بطل العقد هنا فيهما وان اجريناه انسا
حكم العقد فيهما ههنا على ما سبق من تفصيل العوض فيهما ثم ينظر ان قدم
ذكر الكتابة على ذكر البيع صح العقد فيهما لصحة الكتابة بتقدمها فصح البيع
بعدها ويتقسط الالف على قيمة الدار وكتابة المثل فما قابل قيمة الدار منها
كان ثمنا وما قابل كتابة المثل كان مالا في الكتابة فيجري على كل واحد
منهما حكمه لو انفرد وان قدم في العقد ذكر البيع على ذكر الكتابة بطل البيع
لانه صار فيهما بعاقد مع عبد وفي بطلان الكتابة قولا تفريق الصفقة ثم فرع
على القول بالتفريق فقال فهم نقيم به العبد على الكتابة قولان احدهما
بجميع الالف ولا فسخ والثاني نقيم عليها بقسطها من كتابة المثل وقيمة الدار
اذا قوبلتا بالالف هذا حاصل كلامه رحمه الله **اشارة** كان قضية
اصطلاح المصنف ان يقول فالمذهب بطلان البيع والاظهر صحة الكتابة
هكذا في الروضة واصلها وهو مراد المحرر بقوله فالاصح بطلان البيع وفي
الكتابة قولا تفريق الصفقة انتهى ولا يخفى ما بين طريقة الماوردي وما
اورده الرافعي من التفاوت وهل مراد الماوردي بقوله كتابة المثل قيمة مثل
العبد فيه نظر والله اعلم **قال** ولو كاتب عبيدا اي صفقة واحدة
على عوض منجم وعلق عتقهم بادائه فالنص صحتها ويوزع على قيمتهم يوم الكتابة
فمن ادى حصته عتق ومن عجز رق ش هذا نصه في الام والاملا والبويطي والمختصر

ونص على البطلان فيما اذا اشترى ثلثة اعبد كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة واحدة ونص انه لو نكح نسوة او خالعهن على عوض واحد ان المسمى على قولين وستأتي مسألة النكاح في كتاب الصداق والحاصل في البيع والكتابة اربع طرق احدها انهما على قولين نقلا وتخريجا وثانيهما تفسد البيع وفي الكتابة قولان وثالثها يصح الكتابة قطعا وفي البيع قولان وهو ما صححه البغوي وغيره ورابعها تصح الكتابة وتفسد البيع تقريرا للنصين فيهما واذا افردت قلت في البيع طريقان اصحهما طرد القولين والثاني القطع بالفساد وفي الكتابة طريقان اصحهما قولان والثاني القطع بالصحة هذا حاصل الروضة في كتاب الصداق وقال الماوردي هنا ما ملخصه خرج ابن سريج البيع والكتابة على قولين وذهب ابو اسحق والاصطخري وابن ابي هريرة الى ان البيع باطل قولا واحدا لان حكمه مجمع عليه وفي الكتابة قولان لتخريج الربيع احدهما ان الكتابة باطلة كالبيع لان كل واحد من المكاتبين قد جهل في العقد مال الكتابة والجهل بمالها يوجب فسادها كما لو ابتدأ الكتابة على مال مجهول والثاني صحة الكتابة وان بطل البيع والفرق بينهما من وجهين احدهما ان المقصود بالكتابة القربة والبر فخف حكمها والمقصود بالبيع الربح والمماكسة فتغلظ حكمه والثاني انه قد ينفذ العتق في الكتابة الفاسدة لنفوذه في الكتابة الصحيحة ولا ينتقل الملك بالبيع الفاسد فافترقا لخفة حكم الكتابة وتغليظ حكم البيع انتهى وفي كتاب البويطي بعد الحكم بصحة الكتابة فان قيل افيجوز لرجل ان يشتري من ثلاثة رجال ثلاثة اعبد بثمن مسمى جملة قيل لا من قبل ان المبتاع وان كان واحدا فان الباعة ثلاثة ولو اشترى رجل من رجل ثلاثة اشياء دارا وفرسا وعبدا بمائة دينار جاز لان البايع واحد والمبتاع واحد وكذلك سيد المكاتبين واحد وصوما لكهم انتهى وعبر الايمة عن هذا الفرق بان في الكتابة يجمعهم مالك واحد وايجابهم صدر عن راي شخص واحد فيكون كما لو اخذ كاتب واحد وفي البيع لم يجمعهم ملك مالك واحد وايجابهم صدر عن آراء اشخاص مختلفة فافترق **اذا علمت هذا**

فتفريع

فتفريع المذهب ما ذكره المصنف ونص عليه الشافعي وهو ان المسمى يوزع على قيمتهم يوم الكتابة فمن ادى حصته منهم عتق ولا يتوقف عتقه على اداء غيره ومن عجز منهم رق وما ذكره من التوزيع على قيمتهم هو اصح القولين وقطع به قاطعون فاذا كانوا ثلثة وكانت قيمة احدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلاث مائة فعلى الاول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه والاعتبار بقيمة يوم الكتابة لان سلطنة السيد تزول يومئذ والقول الثاني ان المسمى يوزع على عدد رؤسهم واجري هذا القول في عوض الخلع والصداق وذكر الامام انه لو طرد هذا طارد على ضعفه لم يبعد انتهى واعلم انه لا خلاف عندنا اذا صححنا الكتابة ان من ادى حصته عتق ومن عجز رق كما سبق ولا نظر الى ان السيد علق عتقهم باداء جميعهم حيث قال فاذا اديتم فانتم احرار لان الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة ولذلك اذا ابرأ السيد المكاتب عتق واذا مات السيد لم تبطل الكتابة بخلاف التعليقات وقال مالك وابو حنيفة انما يعتقون اذا ادوا جميع المال **فرع** اذا حكمنا بفساد هذه الكتابة فان ادوا المال جميعا عتقوا بحكم التعليق وان ادى بعضهم حصته فهل يعتق قال الرافعي فيه وجهان او قولان المنسوب الى نصه في الاملاء انه يعتق ووجه بان العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة ولذلك يقول بان السيد والعبد يتراجعان وقضية المعاوضة ان يعتق كل واحد منهم باداء ما عليه واقيسهما وهو الذي صححه ابن كج والقفال وغيرهما انه لا يعتق لان الصفة لم تكمل فاشبه ما اذا قال ان دخلتم الدار فانتم احرار فدخل بعضهم لا يعتق قلت وهذا ما نسبه الماوردي الى اختيار الشيخ ابي حامد وقال ان الظاهر من مذهب الشافعي الاول **فايدة** لا خلاف عندنا انه لا يتحمل بعضهم عن بعض شيئا قال الماوردي وقال ابو حنيفة ومالك يلزم كل واحد منهم ضمان ما على الاخرين لان كتابتهم واحدة فاشتركوا في التزامها وضمان مالها وصار كل واحد منهم ماخوذا بجميعها قال وهذا غير صحيح لان الاجتماع على الكتابة كالاجتماع على الابتياع

فلما لم يلزم الضمان في الاجتماع على الابتياع لم يلزم الضمان في الاجتماع
على الكتابة انتهى وقال ابن عبد البر بعد قول مالك في الموطا الامر المجتمع
عليه عندنا ان العبيد اذا كوتبوا كتابة واحدة فان بعضهم حملاء على بعض
وانه لا يوضع عنهم لموت احدهم شي فان قال احدهم قد عجزت والقى بيده فان
لاصحابه ان يستعملوه فيما يطيق من العمل ويتعاونون في كتابتهم حتى يعتق
بعتقهم او يرق برقهم ان رقوا وروي عن سفين كقول مالك وقال ابو حنيفة
واصحابه لا يكون العبيد حملاء الا ان يشترط في عقد الكتابة ثم حكى مذهب
الشافعي انه لا يجوز ان يتحمل احدهم عن اصحابه شيا وان اشترط السيد
ذلك عليهم فسد العقد ثم قال والقياس انه لا يصح حمالة المكاتبين بعضهم
عن بعض كما لا يصح حمالة الاجنبي عنهم لان الكتابة دين ليس بثابت لسقوطه
بالموت والعجز انتهى وما ذكرانصا فرحمه الله **قال** ويصح كتابة بعض
من باقيه حر لانها تفيد الاستقلال باستغراقها ما رق منه ٥ فلو كاتب
كله صح في الرق في الاظهر اي من قولي تفريق الصفقة وكذا لو ظن رق
فبان بعضه حرا فان افسدنا لم يعتق حتى يؤدي كل المسمى لتحقق الصفة
ثم يسترد من السيد ما ادى وللسيد عليه قسط القدر الذي من القيمة وان كاتبه
صححنا استحق قسط الرقيق منه من القيمة لا جميع المسمى على الاظهر كما سبق بيانه
في باب تفريق الصفقة **قال** ولو كاتب بعض رقيق فسدت ان
كان باقيه لغيره ولم ياذن اي لعدم استقلال العبد ولان نصيب الشريك
ينقص فيتضرر به وقيل يصح كما ينفرد احدهما بالاعتاق والتدبير وقال
الامام ذهبت طايفة الى تخريج قولين في حال عدم الاذن وهو متقدح لان
اذن الشريك لا يفيد الاستقلال فلا ينبغي الا تحميل ضررا للشريك وهذا لا
لاحاصل له مع نفوذ العتق من الشريك **تنبيه** قال في الدقايق قول
المنهاج فسدت ان كان باقيه لغيره هو مراد المحرر بقوله فالكتابة باطلة واعلم
ان الفاسد والباطل من العقود عندنا سوا في الحكم الا في مواضع منها الحج
والعارية والخلع والكتابة فيجوز المحرر بتسميتها باطلة ومراده انها فاسدة

ترتب

ترتب عليها احكام الفاسدة من العتق بالصفة وغيره لا انها باطلة حقيقة
لاغية انتهى وسنذكر ما يستثنى من اطلاق المصنف الفساد **قال**
وكذا ان اذن او كان له على المذهب ٥ فيه صورتان **الاولى** ان
ياذن له شريكه في ذلك ففيه طريقان اغربهما وبها قال ابن سلمة القطع
بالفساد لما سياتي واشهرهما ان المسالة على قولين اظهرهما وهو المنصوص
في الام والاكثرين كما قال الماوردي انها فاسدة لاربعة معان احدها
عدم استقلاله وثانيها عدم قدرته على الاستعانة بمال الصدقات لانها لا
تدفع اليه وثالثها انه اذا كوتب في نصفه على الف لم يعتق الا باداء الفين
احدهما للشريك وما افضى الى هذا لم يصح به الكتابة كما لو شرط عليه الزيادة
لفظا ورابعها انه اذا ادى ما كوتب عليه سرى العتق الى باقيه فيعتق بالكتابة
ما لم يدخل فيها فيفسد كما لو قال كاتبتك على انك اذا اديت مال كتابتك
فانت واخوك حران فسدت لتعدي العتق فيها الى ما لم يدخل في عقدها
كذا في مسالتنا والقول الثاني نص عليه في كتاب الاملاء على مسائل محمد بن
الحسن ان الكتابة صحيحة وبه قال ابو حنيفة ومالك لان المانع منها دخول
الضرر على الشريك وقد رضي بالضرر فزال المنع وصحت الكتابة هذا حاصل الحاوي
وبنى المراوزة القولين على المعنيين الاولين ان قلنا المعنى عدم تحصيل مقصود
العبد كما سبق لم يجز وان قلنا المعنى الاضرار بالشريك جاز لرضاه به **والصورة**
الثانية ان يكون جميعه له وفيها طريقان اصحهما وهو المنصوص به قطع
الجمهور الفساد لعدم استقلاله والثاني فيه قولان اصحهما ما ذكرناه وثانيهما
خرجه ابن سريج مما اذا كاتب احد الشريكين نصيبه باذن شريكه واعلم ان عبارة
الروضة ان كان باقيه له لم يصح على المذهب والمنصوص وبه قطع الجمهور وان
كان الباقي لغيره واذن فقولان اظهرهما لا يصح ولم يذكر طريقة ابن سلمة وهي
في الرافعي فكان قضية اصطلاحه ان يقول في المنهاج وكذا ان اذن في
الاظهر او كان باقيه له على المذهب او على النص والخطب هين **تنبيهان**
احدهما قال ابرهيم المروذي بعد نقله المنصوص والمخرج والاصح ان

القولين في حال الصحة وفي مرض الموت يجوز قولا واحدا والفرق ان حال
الصحة تقبل من التكميل والسراية ما لا يقبله حال مرض الموت واقتضى كلامه
ان موضع الجزم بالصحة ما اذا كان القدر الذي كاتبه منه هو ثلث ماله قال
فلو كانت بعضه دون الثلث اساغ فقيه قولان **الثاني** يستثنى
من اطلاق المصنف لفساد صور **منها** ان يوصي بكتابة عبد فلم يخرج من
الثلث الا بعضه ولم تجز الورثة فالاصح انه يكاتب ذلك القدر **ومنها**
جزم البغوي في تعليقه بانه لو اوصى بكتابة بعض عبد صح ونقله المروذي
عن النص **ومنها** ما ذكره المروذي انه لو كاتب في مرض موته بعض عبده
وذلك البعض ثلث ماله صح قولا واحدا **ومنها** لو كان بعضه موقوفا على
خدمة مسجد ونحوه من الجهات العامة وباقيه رقيق فكاتبه مالك البعض فينبغي
ان يصح على قولنا الملك في الوقف ينتقل الى الله تعالى لانه يستقل بنفسه
في الجملة ولا يبقى عليه احكام مالك بخلاف ما لو وقف بعضه على معين كذا
خطر لي ولم ار فيه شيئا **ومنها** قال صاحب الخصال لا يجوز كتابة بعض
عبد الا في حالين احدهما ان يموت عن ابنين فيقر احدهما بالكتابة فيكون نصفه
مكاتبا انتهى وفي استثناء هذه الصورة نظر ومثلها لو ادعى العبد على سيديه
انهما كاتباه فصدقه احدهما وكذبه الاخر والله اعلم **قال** ولو كاتباه
معا او وكلا اي او وكل احدهما الاخر صح ان اتفقت النجوم اي جنسا وعددا
او اجلا وجعل المال على نسبة ملكيهما اي صرحا باشتراط ذلك او اطلقا لئلا
يؤدي الى انتفاع احدهما بمال الاخر فان اختلفت النجوم في الجنس او في العدد
او قدر الاجل او شرطا التساوي في النجوم مع تفاوت الملك او بالعكس ففي صحة
الكتابة القولان فيما اذا كاتب احدهما نصيبه باذن الاخر وقيل يبطل قطعا
اذ يلزم من النجوم ان ينتفع احدهما بمال الاخر لانه اذا استوى الملكان ودفع
الى هذا مائة والى هذا مائتين فقد يرتفع الكتابة بالعجز فيحتاج الاول ان يرجع
على الثاني بخمسين ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق
وبهذا الطريق قال القاضي ابو الطيب وغيره وقال الشيخ ابراهيم المروذي انه اصح في

القياس **انتهى** **منها** ما تقدم من الجزم بالصحة
اذا كاتباه معا هو المذهب المشهور قال الماوردي وخرج بعض اصحابنا
كتابتهما على قولين لان العقد اذا اجتمع في احد طرفيه عاقدان جرى عليه
حكم العقدين فصار كل واحد منهما كالمنفرد بكتابة شقه وذهب جمهور اصحابنا
الى فساد هذا التخريج وان الكتابة باجتماعهما عليها جائزة قولا واحدا لكمال
تصرفه وجواز اخذ من الصدقات **ومنها** ذكر اعتبار اتفاق الجنس في
النجوم وسكتا عن اشتراط اتفاق النوع ويحتمل ان يعتبر اتفاقه ايضا كالجنس
او يجري فيه خلاف ولم ار فيه شيئا **ومنها** المشهور والمنصوص في الام
انه لا يشترط لصحة الكتابة استواء الشريكين في ملك العبد قال الرافعي وفي الكافي
للروياني وجه ضعيف قلت اصله ان الشافعي قال في المختصر لا يجوز
ان يكاتباه حتى يكونا فيه سواء قال الماوردي واختلف اصحابنا في تاويله
على وجهين فذكر هذا الوجه الضعيف ثم قال والباقي ذهبه قال جمهور اصحابنا
ونص عليه في موضع من الام ان المراد به ان يتساويا في مال الكتابة بحسب الملك
قال فان عجز فعجزه احدهما واراد الاخر ابقاءه مكاتبا فكابتداء عقد
اي فلا يجوز بغير اذن شريكه على المذهب ولا باذنه على الاظهر كما تقدم **قال**
وقيل يجوز لان الدوام اقوى من الابتداء وهذا طريق قاطع بالجواز لا وجه
كما يفهمه كلام المصنف وقيل يجوز هنا بالاذن قطعا **قال** ولو ابرئ
احدهما من نصيبه او اعتقه عتق نصيبه وقوم الباقي ان كان موسرا اما عتق
نصيبه في الصورتين فواضح واما التقويم فيهما فهو المذهب المشهور وحكى وجه
او قول مخرج انه لا يسري ثم في وقت السراية قولان احدهما انها تثبت
في الحال لئلا يتبعض الحرية واظهرهما لا تثبت في الحال لانعقاد سبب الحرية
للنصيب الاخر وقد يؤدي ويعتق ولان العبد يتضرر به من حيث انه ينقطع عنه
الولد والكسب وعن ابن سلمة القطع بهذا القول فعلى هذا انما تثبت عند العجز
ان عجز او عجزه فان لم يتفق ذلك بل عتق بالاداء او ابرا عتق نصيب كل واحد
عنه وكان الولاء بينهما وتفاريع المسألة كثيرة لا نطيل بذكرها **قال** **فصل**

يلزم السيد اي في الكتابة الصحيحة ان يحط عنه جزا من المال او يدفعه
اليه اي بعد اخذ النجوم او بدلها ليستعين به لقوله تعالى واتوهم من مال
الله الذي اتاكم وظاهره الوجوب واختار الروياني في الحلية استحباب
الايتا وقال المزني في كتابه نهاية الاختصار وعلى سيده ان يضع من كتابته شيا في
قول الشافعي ولم يحد في ذلك حدا ولا يبين عندي ان ذلك عليه انتهى وللناس
اقوال في المخاطب بالايتا ومذهب الشافعي انهم السادة وان ذلك على الوجوب
وما جزم به المصنف من التخيير بين الحط والايتا هو المذهب الصحيح اذا عرفت
هذا فظاهر كلام المصنف انه يلزمه ان يحط عنه جزا مما وقع العقد عليه
من المال او يدفع اليه جزا منه بعد قبضه وقال في الروضة الايتا بالحط لا يكون
الا من نفس مال الكتابة واما البذل فان كان المبذول من غير جنس مال
الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح وبه قطع
الاكثرون قلت ونص عليه في الام وشذ الغزالي بترجيح اللزوم فلو رضي
به جاز قطعا نص عليه وان كان المبذول من غير مال الكتابة لكن من جنسه
لزمه القبول على الصحيح كالزكاة لان المقصود الاعانة قلت والثاني
لا يلزمه بل يجب ان يكون المبذول من مال الكتابة وهو ظاهر كلام المنهاج
وعليه جرى خلائق منهم الماوردي والبندنيجي والمحاملي في المجموع وابن الصباغ
والعمراني والبغوي في تعليقه وجعلوه ظاهر المذهب وجزم المحاملي في المقنع
وفي البحر عن بعضهم ان الاول غلط لانه مخالف لظاهر الاية ثم حكى عن
القاضي الطبري انه قال ان المشهور الاجزا وان من قال لا يجزي اخذه
اخذا من قول الشافعي ويعطيه مما اخذ فقد غلط فان الشافعي اراد من
جنسه لا من عينه قال الروياني وهذا اصح عندي انتهى وهو الصحيح لا ما اقتضاه
كلام المنهاج قال والحط اولى اي من الدفع لان المقصود اعانته
ليعتق والاعانة في الحط محققة دون الدفع لانه قد ينفق في جهة اخرى او يضيع
وقد يفهم كلام الشيخ التخيير بين الامرين جزما وقال ابن الرفعة ظاهر كلام التنبيه ونعت
يقتضي ان الحط هو الواجب فاذا لم يفعل وجب الايتا وهو ظاهر نص الام قال الشا[فعي]

ويجبر السيد على ان يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيا وعليه جرى بعض
الاصحاب اذ لا فايدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه وبعضهم قال الاصل
في الوجوب الايتا ومعناه انه اذا ادى جميع النجوم لزمه ما يعطيه والحط
يقوم مقامه وحكى القاضي الحسين وجها انه مخير ان شا اتى وان شا
حط وهو ما اورده البندنيجي وكذا الماوردي لكنه قال اذا اراد السيد
ان يعطيه بعد ادا المكاتب الحط فقول المكاتب اولى لانه يريد تعجيل
ما عليه قال القاضي الحسين وفايدة الخلاف انما تبين في الكتابة الفاسدة
فان قلنا ان الاصل هو الايتا فهل يجب فيها وجهان وان قلنا الاصل هو
الحط فلا خلاف انه لا يجب انتهى قال وفي النجم الاخير اليق
لان المقصود الاعانة على العتق والايتا او الحط هنا اقرب الى تحصيله
وقال ان قوي في انه ابن عمر رضي الله عنهما في حط عن مكاتبه خمسة الاف من خمسة
وثلثين الفا واحسبه قال من اخر نجومه ورايت في فروع ابن القطان
انه روي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والايتا من النجم السابق
قال وسطح في ذلك فان كانت على ثلاثة انجم اعطاه من النجم الثاني ليستعين به
في النجم الثالث وان كانت على نجمين فسبيله ان يعطيه من النجم الاول ليستعين
به في النجم الثاني انتهى والظاهر ان كلامه في الافضل قال والاصح
اي المنصوص في الام وغيره انه يكفي ما يقع عليه الاسم ولا يختلف بحسب المال
اي كثره وقله لانه لم يرد فيه تقدير والاية تساول القليل والكثير والثاني يتبع
ان يكون قدرا يليق بالمال ويستعين به على العتق دون القليل الذي لا وقع
له وعلى هذا يختلف بقلة المال وكثرته فان لم يتفقا على شي قدره الحاكم باجتهاده
وينظر الى قوة العبد واكسابه وقيل يعتبر حال السيد في اليسار والاعسار قال
الرافعي ويشبه ان ينظر اليهما جميعا وحكى الماوردي الوجه الثاني عن ابي
اسحق وانه يقال يقدر من مال الكتابة بالاجتهاد كالمتعة قال ويعتبر بثلاثة
امور احدها كثرة مال الكتابة وقلته والثاني قوة العبد وضعفه الضعيف الكسب
اكثر والقوي اقل والثالث يسار السيد واعساره وفي تعليق البغوي ان المذهب

الصحيح انه يجب ما يقع عليه اسم المال حطا او ايتاء وقال ابو اسحق في المهذب
اكثر اصحابنا قدر لي وفي اقناع الماوردي ويجب ان يضع عنه ما يستعين به
في كتابته ولا يتقدر الا بعرف المثل واجتهاد الحاكم انتهى وقال الاصطخري
يحتمل ان يتقدر ربع العشر وقال الامام اذا قلنا يتقدر الحاكم فقد ما يسمى وهو
بالنسبة الى مال الكتابة كعوض وان تيقنا انه لا وقع له لا يكفي وان شككنا فخلاف
لتعارض اصل براءة السيد واصل وجوب الايتاء **قال** وان وقت وجوبه
قبل العتق اي ليستعين به على تحصيل العتق كما يدفع اليه سهم الرقاب قبل
العتق وعلى هذا انما يتعين في النجم الاخير والثاني بعد العتق ليكون بلغة له
كما يجب المتعة بعد الطلاق واما وقت الجواز فمن اول عقد الكتابة ويجوز
بعد الاداء وحصول العتق ايضا لكن يكون قضاء اذا اوجبنا التقدم على العتق
وفي وجه لا يجوز الايتاء مما قبل النجم الاخير بل يجب ان يحط منه ليترتب عليه العتق
او يؤتيه بعد العتق ليحصل التمليك التام هذا ما نقله الشيخان وفي تعليق
المروذي اختلف اصحابنا هل الايتاء الاصل والحط بدل عنه او بالعكس او هو
مخير بينهما اوجه ثم الحط انما يجب عند اداء اخر النجوم ليحصل به العتق فلو حط
في اخر النجوم ولم يحصل به العتق هل يحسب ذلك عن الحط الواجب ام لا فيه
وجهان وكذلك لو حط في النجم الاول هل يقوم مقام الحط في اخر النجوم ام
لا فيه وجهان ان قلنا لا يقوم سقط ذلك القدر عن ذمته والحط الواجب
على السيد باق وقيل والايتاء بعد العتق ليتأتى مالا كالمتعة يكون بعد الطلاق
فلو اتاه قبل العتق هل يقع عن الواجب ام لا فيه وجهان انتهى وقال ابن الرفعة
لا خلاف انه لا يجب عقب العقد ولو فعله اجزأ وقيل يجب وجوبا موسعا بعد
العتق وعلى هذا يكون وقت الوجوب الموسع من وقت وجوب الاداء الى العتق
وما قبله وقت جوازه وقيل ان وقت وجوبه المضيق بعد اداء معظم المال واشرافه
على العتق في النجم الاخير وهو المذهب في تعليق البندنيجي وبه قال ابو اسحق
وغيره ورجحه في البحر وعبارة بعضهم انه يجب اذا بقي عليه من مال الكتابة
قدر ما يلزمه ان يدفعه اليه وعلى هذا يكون الوجوب الموسع من دخول وقت

وجوب

وجوب الاداء الى ذلك الوقت وقيل انما يدخل وقت الوجوب الموسع
اذا استاذن منه بعد العقد ويكون وقت تضيقه عند اخر النجوم وقيل
اذا حط او اتاه مالا قبل اداء النجوم لا يجوز بل يجب ان يحصل العتق بحطه
او باتيانه او يؤتيه بعد العتق فان لم يحصل العتق به لا يكون قد قام بالواجب
انتهى **قال** ويستحب الربع لما روي من حديث علي رضي الله عنه انه
صلى الله عليه وسلم قال في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم قال ربع الكتابة
قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد وقال النسائي الصواب وقفه وقال
الشيخ ابرهيم المروذي هذا هو المحفوظ وقد رواه حجاج بن محمد وعبد الرزاق
عن ابن جريج مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انتهى **قال** والا فالسبع
اي فان لم يسمح بالربع فالسبع قال الشافعي اخبرنا الثقفي عن ايوب عن نافع
عن ابن عمر انه كاتب عبدا له بخمسة وثلاثين الفا ووضع عنه خمسة الاف احسبه
قال من اخر نجومه ورواه مالك في الموطا وفي وجه شاذ يستحب وضع الثلث وليس
بشيء **تتمات وتنبيهات تتعلق بالفصل منها** استثنى
في اللباب واصله الرونق والثاني في التجريد للجرجاني من وجوب الحط
او الايتاء صورتين الاولى ان يكاتبه على منفعة نفسه والثانية ان يكاتبه في
مرض موته والثلث لا يحتمل اكثر من قيمته وفي البيان وغيره انه لو وهب عليه
النجوم عتق وهل له ان يطالب سيده بالايتاء فيه وجهان ارسلهما في كتاب
الصداق من تنقيح الوسيط والظاهر المنع كما اقتضاه كلام الروضة واصلها
هناك وانما ينقدح الخلاف اذا قيل ان وقت وجوب الايتاء انما يدخل بعد اداء
شيء من النجوم او بعد العتق اما اذا قيل يدخل بالعقد فلا وقد يبنى على ان
الواجب في الاصل الحط او الايتاء ومنها الحط من النقد والمثلي
ونحوهما واضح اما لو كاتبه على بعيرين موصوفين ونحوهما في الذمة ففيه اشكال اذ
لا يكلف حط بعير كامل مثلا ولا دفعه بعد اخذه وفي تكليفه حط جزء منه او
دفعه اليه بعد اخذه من التشقيص ما لا يخفى وتحصيل شقص من خارج متعذر
او نادر وضرر الشركة بين فكيف الحال هنا لم ار فيه شيئا وينبغي ان يقال يخرج به

هذا الا انه من غير الجنس للضرورة كما قيل به في مواضع الضرورة من
زكاة الحيوان وغيرها ولينظر كيف يكون الايتاء لو كان الملتزم منافع في الذمة
هل يكون الحكم كما لو كاتبه على منفعة نفسه كما سبق انه يسلم او يحط بعضها
ومنها محل وجوب الايتاء في الكتابة الصحيحة كما اشرنا اليه وقيل
يجب ان يحط في الفاسدة شيئا من القيمة الواجبة فيها ومن اعتق عبده بعوض
او باع عبده نفسه فلا ايتاء وقيل يجب في كل عقد عتاقة بعوض وهو شاذ ومنها
اذا اخذ السيد النجوم ومات قبل الايتاء لزم الورثة الايتاء فان كانوا
محجورين تولاه وليهم فان كان مال الكتابة باقيا قال في الروضة اخذه
الواجب منه ولا تزاحمه الغرماء لان حقه في عينه او هو كالمرهون بدين
عليه في المبسوط وقال القفال وان لم يكن باقيا فوجهان احدهما ان واجب
الايتاء لضعفه يؤخر عن الديون ويجعل في رتبة الوصية والثاني انا اذا قلنا
يقدر الواجب بالاجتهاد فما هو مجهول في رتبة الديون والزيادة في
رتبة الوصية لضعفها واصحهما ان ما يحكم بوجوبه على الاختلاف يقدم على
الوصايا فان اوصى بزيادة على الواجب فتلك الزيادة من الوصايا انتهى
ومنها قال الرافعي اذا لم يبق من النجوم الا قدر الايتاء فلا يسقط ولا
يحصل التقاص لانا وان جعلنا الحط اصلا اي وهو الصحيح المنصوص
فللسيد ان يؤتيه بدلا عنه ولا يجوز للسيد تعجيزه فان عليه مثله ولكن
يرفعه الى الحاكم حتى يرى رايه ويفصل الامر بينهما وان جعلنا الايتاء اصلا المكاتب الباجي
اي او قلنا بالتخيير بين الايتاء والحط فعن القاضي الحسين ان له تعجيزه
بالباقي اذا لم يجده وارتفع العقد من اصله قال الامام وهذا عندي غير
صحيح وانما شرع الايتاء لكي لا يعجز العبد بقدره ولا يفوت العتق انتهى وعبارة
الامام وهذا عندي غير صحيح فانه ان اوجب عليه ما بقي عليه فللسيد عليه
مثله ونحن نقول في مثل هذا بالتقاص ثم ذكر ما لخصه الرافعي والظاهر انا اذا
قلنا بما جعله جمهور العراقيين المذهب ان الايتاء يجب ان يكون من المدفوع
لا من جنسه انه يحصل به التقاص ولا معنى للتعجيز والله اعلم ومنها قال

الماوردي اذا قبض السيد منه بعض النجوم وكان باقيا فهو مخير
بين ان يدفع مال الايتاء نقدا او بين ان يبرئ المكاتب منه فان ابراه لم يكن
للمكاتب ان يطالبه نقدا فان اعطاه نقدا او طلب المكاتب الابراء فقول
المكاتب اولى لانه يريد تعجيل ما عليه بالابراء انتهى وما ذكره لا يسلم عن
نزاع ويحتمل ان يبنى على ان الواجب اصالة الحط او الايتاء فان قيل
الحط احب للعبد والا فلا **خاتمة** سبق ان الايتاء في النجم الاخير
اليق ولم ار دليلا الا ما اشرت اليه ويشبه ان يفصل فيقال ان كان
يخشى منه ان يضيع ما يؤتاه من اول النجوم ولا يستعين به فالتاخير افضل
وان كان ثقة صالحا ولو دفع اليه شيئا في اول نجومه لنماه واستعان به على بقية
النجوم ان يكون التعجيل اليق وافضل وقد قال الاصحاب انه يجوز للغارم
ان يتجر فيما دفع اليه من سهم الغارمين اذا لم يف بالدين ليبلغ قدر الدين
بالتنمية والله اعلم **فصل قال** ويحرم وطء مكاتبته اي
لاختلال الملك فيها فلو شرط في الكتابة ان يطاها فسد العقد خلافا لمالك
حيث قال يصح العقد ويلغو الشرط ولاحمد حيث قال يصحان **اشارة**
موضع التحريم الكتابة الصحيحة كما اقتضاه كلامهم هنا ومفهوم كلام الروضة
فيما يختلفان فيه يشعر بالتسوية واحسبه غير مراد نعم ان جهل فسادها او اعتقد
صحتها حرم والا فلا كوطء المعلقة بصفة **قال** ولا حد فيه اي وان
علم التحريم واعتقد لشبهة الملك وفي قول قديم ضعيف يحد العالم ثم يعزر
العالم الحاد منهما على التصحيح المنصوص **قال** ويجب مهر اي مع العلم
والجهل لانه وطء شبهة هذا هو المشهور والمنصوص في الام والبويطي وفي قول
مخرج لا يجب في حال طواعيتها وعلمها قال ابن الرفعة وصححه صاحب المنهاج
فاوهم انه المصنف والرافعي نقله وجها وعن المنهاج توجيهه وكانه اراد منهاج
الحليمي فانه جزم به في مختصره وتبعه الغزالي في خلاصته وصاحب المعتبر وهو
ظاهر منقول المزني في المختصر قالوا لانها بغي واوله الجمهور ومنعوا التخريج
كما قاله الماوردي واذا وجب لها المهر فلها اخذه في الحال فان حل عليها نجم وهما

من جنس واحد وصفة واحدة جاء اقوال التقاص وان عجزت
قبل اخذه سقط وان عتقت باداء النجم طالبت به وسبق في كتاب الصداق
الكلام في تكرر المهر بتكرر الوطي وما اذا حلل العدم فراجعه ففيه
فوايد **قال** والولد حر اي جزمًا لانها علقت به في ملكه ولا
يجب قيمته على المذهب الخلاف في القيمة مبني على حكم ولدها فمن غير ان
قلنا انه قن للسيد او مكاتب ولكن حق الملك فيه للسيد فلا شي عليه
كما لو قتل ولدها وان قلنا الحق لها فعليه القيمة تستعين بها فان
عجزت قبل اخذها سقطت وان ولدت بعد عجزها فلا شي لها وكذا لو ولدته
بعد ما عتقت لانه حين تقوم لم تكن مكاتبة **اشارة** قوله على المذهب
تقتضي اثبات طريقين ولم ارها وكان الاولى ان يقول على الاظهر والحاصل
انه لا يجب قيمته الا اذا قلنا ان عتق ولدها موقوف على عتقها وانه لو
قتل يكون القيمة لها **قال** وصارت مستولدة مكاتبة اي قطعًا
عملا بقضية الاستيلاد والمكاتبة فان عجزت عتقت بموته اي بلا خلاف لاستيلادها
والولد الحادث بعد الاستيلاد من نكاح او زنا سبيها والحاصل قبله رقيق
للسيد وان مات قبل عجزها عتقت ايضا قال البغوي وجزم الرافعي عليه
في الشرح الصغير بلا نسبه وسعيها كسبها وهل تعتق عن الكتابة ام عن الاستيلاد
وجهان اصحهما اولهما كما لو اعتق مكاتبه او ابراه عن النجوم فعلى هذا الولد
الحادث بعد الكتابة وقبل الاستيلاد هل يتبعها فيه الخلاف الاتي
فرع لو وطي امة مكاتبه لزمه المهر جزمًا فان احبلها صارت ام
ولد له ولزمه قيمتها للمكاتبة لا قيمة الولد لانه قد ملك الام بالتقويم قاله في
في البحر **قال** وولدها من نكاح او زنا مكاتب في الاظهر يتبعها رقا
وعتقا ما دحجه هو احد القولين الى الشافعي رضي الله عنه ولهذا قطع به بعض
الاصحاب وهو ابو اسحق المروزي وقال اذا اجازه الشافعي وجعل ان
يكون القول الآخر ساقطا فيثبت له حكم الكتابة حتى يعتق بعتق الام بالاداء
او الابرا او الاعتاق لان سبب الحرية لحقها في استتباع الاولاد الارقا...

ان اولاد المستولدة يتبعونها ولان الولد كسبها فيتوقف امره على
رقها وحريتها كسائر اكسابها والثاني لا بل يكون قنا للسيد لان
الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد كولد المرهونة فانه لا
يكون مرهونا قال الرافعي ويحكى هذا القول عن بعض اماليه **قلت**
وعزاه الماوردي الى الام ورايته في الام فقال بعد جزمه بالاول وقد
قيل ما ولدت المكاتبة فهو رقيق والقول الاول احب الي انتهى **قال**
وليس عليه شي اي لا شي على الولد من مال الكتابة ولا غيره بلا خلاف
قال والحق فيه للسيد وفي قول لها فلو قتل فقيمته لذي
الحق ٥ من هنا شرع المصنف في التفريع فنقول ان قلنا لا يثبت للولد
حكم الكتابة فهو قن للسيد له بيعه واعتاقه عن الكفارة والوطء ان كان
انثى ولا يعتق بعتق الام وان قلنا بالاظهر فحق الملك فيه لمن هو فيه
قولان اشبههما عندنا للشافعي رضي الله عنه انه للسيد نص على ذلك في الام
كما ان حق الملك في الام له وكما ان حق الملك في ولد ام الولد له والثاني
واختاره المزني انه للمكاتبة لانه سيكاتب عليها فيكون حق الملك فيها كما
ان حق الملك في المكاتب للسيد ولانه لو كان للسيد ولانه لو كان للسيد
لما عتق بعتقها **اذا عرفت هذا** علمت انه اذا قتل الولد فعلى
القول المرجح يكون القيمة للسيد كقيمة الام لو قتلت ولانه ملكه دونها
فكان احق بها من امه وعلى الثاني يكون قيمته لها تستعين بها في اداء النجوم اعتبارا
بعينه لها وقيل انها تكون للسيد ايضا على هذا القول لان العتق يقطع القول
اثر الكتابة فيبقى رقيقا **قال** والمذهب ان ارش جنايه عليه الى
فيما دون نفسه وكسبه ومهر يصرف منها عليه وما فضل وقف فان عتق
فله والا فللسيد ٥ اذا قلنا بالمرجح ان الحق في الولد للسيد فارش الجنايه
عليه فيما دون النفس وكسبه ومهر وطي الشبهة ما حكمه فيه وجهان احدهما
يصرف الى السيد بلا توقف كالقيمة اذا قتل والصحيح في الروضة والشرحين
وعبر المصنف عنه بالمذهب انها توقف فان عتقت امه وعتق فهي له والا فللسيد

كما ان كسب الام ان عتقت يكون لها والا فللسيد فلو مات الولد في دوام
التوقف صرف الموقوف الى السيد وان قلنا ان الحق فيه للام فالارش
والكسب والمهر لها تستعين بها في ادآء النجوم وتصرف ما يحصل اليها يوما
بيوم بلا توقف واما نفقة الولد ومؤنته فان قلنا يصرف الكسب الى السيد
في الحال فهي عليه وان قلنا يوقف فينفق عليه من كسبه ويعالج ويكفن
مؤنته ثم يوقف الفاضل منه فان لم يكن له كسب او لم يف بمؤنته فاصح الوجهين
انها على السيد لان حق الملك له والثاني ينفق عليه من بيت المال لان
تكليفه النفقة من غير ان يصرف اليه الكسب في الحال اجحاف به وان قلنا
يصرف الكسب الى الام فالنفقة عليها **فرع** ومن تفريعات ما سبق
لو اعتق السيد الولد فان قلنا ان حق الملك له وقلنا يصرف الكسب اليه في الحال
او قلنا يوقف ومنعناها من اخذه لادآء النجوم نفذ اعتاقه وان جوزنا لها
الاستعانة بالموقوف لم ينفذ على الاصح لئلا ينقطع حقها من كسبه وان قلنا
ان حق الملك في الولد للام لم ينفذ اعتاقه **تنبيه** اعلم ان قول المصنف
في اول المسئلة وولدها من نكاح او زنا مكاتب في الاظهر يوهم ان الولد الحادث
من المسئولة المذكورة قبل هذه المسئلة وليس كذلك بل حكم ولد ملك ما قدمناه
وهذه مسئلة مستقلة وباب من ابواب الكتاب هي وفروعها وعبارة المحرر
بعد ذكر صورة الاستيلاد واذا اتت المكاتبة بولد وهي اوضح من قول المنهاج
وولدها **تنبيه ثان** قضيته اطلاق المصنف انه لا فرق فيما ذكره
من الاحكام بين الولد الحادث بعد الكتابة والولد المجتن حال الكتابة
بل قد يوهم اطلاقه ان الولد الموجود قبل الكتابة كالحادث بعدها فيقول
لا خفا ان الولد المنفصل منها قبل الكتابة قن للسيد كساير ارقايه واما ان
كانت حاملا عند الكتابة وتحقق ذلك بان انفصل لما دون ستة اشهر
من يوم الكتابة قال الرافعي فقد ذكرنا ان قلنا الحمل لا يعرف فهو كالولد
الحادث بعد الكتابة وان قلنا يعرف فحكاية القاضي ابن كج ان عقد الكتابة
يصير كانه موجه نحوها ونحوه فاذا اعتقت عتق الولد ونقل صاحب التهذيب

انه لا يثبت الكتابة للولد لان الصغير لا يكاتب بخلاف ما لو من التدبير
فالصغير يدبر ثم قال من عنده وجب ان يثبت حكم الكتابة له لا على سبيل السراية
بل على وجه الاستتباع كما يتبع الحمل الحارية وان كان لا يقبل البيع وحده
وهذا ما نقله ابن كج وان حدث الولد بعد الكتابة وساق ما سبق وما ذكره
عن ابن كج جعله في الروضة اصح الوجهين بلا نسبة وكذا صنع صاحب الكافي
وقال الدارمي اذا كاتبها حاملا من زوج او زنا فقيل ان قلنا له حكم كان مكاتبا
وان قلنا لا حكم له فالقولان وقال ابن القطان مكاتب قولا واحدا انتهى
فافادنا ان قلنا له حكم وهو الاظهر فمكاتب قطعا والا فطريقان احدا القولين
والقطع بانه مكاتب **فروع ثلاثة من كتاب الرافعي رحمه الله**
احدها اختلفا في ولدها فقال السيد ولدته قبل الكتابة فهو رقيق لي
وقالت بعدها وقد تكاتب علي اي تفريعا على الاظهر والامر محتمل فان اقام
بينة قضي له بها قال البغوي وتقبل من السيد شهادة اربع نسوة لانها شهادة
على الولادة والملك يثبت ضمنا وان اقاما بينتين فهي من صور التعارض فان
لم يكن بينة صدق السيد بيمينه لانه اختلاف في وقت الكتابة فصدق كالاختلاف
في اصلها ولان الاصل جواز التصرف فيما يحدث من ملكه وهي تدعي حدوث مانع
منه **ثانيها** زوج امته بعبد ثم كاتبه ثم باعه وحبته واتت بولد واختلف
السيد والمكاتب فقال السيد ولدت قبل الكتابة فهو قن لي وقال المكاتب
بل بعد الكتابة والشراء وقد تكاتب علي فيصدق المكاتب بيمينه بخلاف الصورة
قبلها لانه يدعي ملكه ولده لان ولد امته ملكه ويده مقررة على هذا الولد
واليد تدل على الملك **ثالثها** حكى الصيدلاني عن الشافعي انه قال لو
اتت بولدين احدهما قبل الكتابة والآخر بعدها فهما للسيد لانهما حمل واحد
وكذلك لو اتت باحدهما يوم ملك الام لاقل من ستة اشهر وبالآخر لاكثر فهما للسيد
وان الشيخ ابا زيد افتى بذلك والصحيح ان كلام الشافعي مؤول وان الحمل يتبع
الام في البيع كيف كان حتى لو وضعت ولدا وفي بطنها آخر فالولد الثاني
يتبع معها وان كان الاول للبايع وهذا ما اورده في التهذيب انتهى وفي الفروع

المنثور آخر النهاية ان ظاهر النص ان الولد للبايع وهذا خلاف
القماس قال الشيخ ابو علي كان الشيخ الخضري يحكي قولين في المسئلة احدهما
ما نسبناه الى النص والثاني ما ابتناه الصواب الذي لا يسوغ غيره ثم اذا
حكمنا بان الحمل للبايع فيجب ان يحكم بفساد البيع في الام على ظاهر المذهب كما لو
باع جارية حاملا بولد حر وكما لو باع جارية حاملا فاستثنى انتهى وسبقت
المسئلة في البيع موضحة وبالله التوفيق **فصل قال** لا يعتق
شي من المكاتب حتى يودي الجميع اي جميع النجوم لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه
النساي وابو داود وهذا لفظه وروي من طرق اخر بالفاظ متقاربة وهو
صحيح واخرجه ابن حبان في صحيحه من حديث عطا عن عبد الله بن عمرو بلفظ
من كاتب على مائة فاداها الا عشرة دراهم فهو عبد او على مائة اوقية فاداها
الا اوقية فهو عبد وقال الشافعي لا اعلم رواه يعني مسندا سوى عمرو بن شعيب
وعليه فتيا المفتين قال ونحن نروي عن زيد بن ثابت وابن عمر وعايشة رضي
الله عنهم انه عبد ما بقي عليه شي انتهى قال الايمة ولانه ان غلب فيه العتق
بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها وان غلب فيه المعاوضة كالبيع فلا يجب
تسليمه الا بقبض جميع ثمنه **اشارة** سبق كلام في انه لو بقي عليه ما يلزم
السيد اتياه او حطه ان للقفال بحث فيه على ما راه الامام وابديناه بكلام الايمة
قال ولو اتى بمال فقال السيد هذا حرام ولا بينة حلف المكاتب
انه حلال ويقال للسيد تاخذه او تبريه عنه فان ابى قبضه القاضي فان نكل
حلف السيد ٥ اذا اتى المكاتب بالنجوم فقال السيد هذا حرام او مغصوب
فان اقام بينة على ما يقوله لم يجبر على قبوله قال الدارمي ولم يجز قال الرافعي ولتسمع
منه هذه البينة لان له في الامتناع غرضا ظاهرا وهو الامتناع عن الحرام هكذا
اطلق كثيرون وقال القفيه لا في انما يقيم البينة اذا عين له مالكا اما اذا
لم يعين فلا ولا معني لقولهم انه مغصوب قال الرافعي وللمطلقين ان يقولوا
اذا كان مقصود هذه البينة الامتناع عن الحرام لم يبعد قبولها على الاطلاق

قلت

قلت في قبولها انها حرام من غير زيادة نظر ان كان الشاهد
عاميا او مخالفا للقاضي في المذهب لانه قد يري ما ليس بحرام عند القاضي
حراما اعتقادا او مذهبا او جهلا فينبغي استفسار فان لم يكن بينة صدق
المكاتب بيمينه انه له لظاهر اليد هكذا اورداه وقال الماوردي ان شا حلف
انه ليس بحرام ولا مغصوب وان شا حلف انه ملكه وقيل لا يحتاج الى اليمين
هذا هو الصواب في نقل هذا الوجه وكذا وقع في الشرح الصغير ووقع في الكبير
انه لا يحتاج المكاتب الى البينة وهو تحريف من ناقل ووقع في الروضة وفي وجه
لا يحتاج السيد الى بينة وكانه سبق الى ذهنه المكاتب بكسر التا فعبر بالسيد
ايضا حا فزاد الغلط غلطا فان نكل المكاتب عن اليمين حلف السيد لم يلزمه قبوله
قلت ويظهر انه لا يجوز له قبوله ايضا مع اصراره ويشبه ان يستفسر
في وصفه له بالحرام لانه قد يري ما ليس بحرام حراما لما بيناه واذا بين ما لا يقتضي
التحريم استغني هو والمكاتب عن البينة وانفصلت الخصومة من اقرب طرقها
واذا حلف المكاتب قال الرافعي فظاهر المذهب انه يجبر السيد على قبوله او ابرايه
عن ذلك القدر فان امتنع منهما اخذه الحاكم النجوم وعتق العبد وقيل في اجبار
السيد على القبول قولان والمذهب الاول ثم اذا اخذه السيد نظر ان عين له
مالكا امر بتسليمه اليه اي ان صدقه على ذلك مواخذة له باقراره وان لم يعين
احدا واقتصر على قوله انه حرام او مغصوب او مسروق فوجهان احدهما ينتزعه
الحاكم ويحفظه الى ان يظهر مالكه واصحهما المنع فعلى هذا يقال له امسكه الى ان
يتبين صاحبه ويمنع من التصرف فيه ولو كذب نفسه وقال هو للمكاتب كما ادعاه
قال الامام المذهب انه يقبل وينفذ تصرفه ويجوز ان يوجه الاخر بانه حرام عليه
فلا يمكن من الرجوع عنه **قلت** وقد يجي وجه ثالث انه ان ذكرنا ويلا
محتملا للرجوع قبل والا فلا قال الامام وان قلنا ان الحاكم ينزل من قال ظاهر
انه لو اكذب نفسه لا يقبل انتهى ويحتمل ان يفصل كما اشرنا اليه والله اعلم **قال**
ولو خرج المودى مستحقا اي او بعضه ببينة شرعية والزام الحاكم لا باقرار
او يمين مردودة ٥ رجع السيد ببدله اي لفساد القبض ٥ فان كان في النجم

الاخير بان آن العتق لم يقع اي ببطلان الاداء وان بان الاستحقاق
بعد موته بان انه مات رقيقا وان ما تركه لسيد دون الورثة قال
وان كان قال عند اخذه انت حر اي او فقد عتقت فان العتق لا يحكم به ايضا
لانه بناه على ظاهر الحال هذا هو الاصح المنصوص وقيل يعتق مواخذة له
والطلاق المصنف يقتضي انه لا فرق بين ان يقول ذلك جوابا سواله حريته عنه صح
او ابتدا فالا وفي كلام الامام اشعار بان قوله انت حر انما يقبل تنزيله على
الموجب لقبض اذا ورد على القبض وانه لو انفصل قوله عن القران لم يقبل
التاويل وهذا التفصيل موهم لا باس بالاخذ به لكن قال في الوسيط لا فرق بين ان
يكون قوله انت حر جوابا عن سوال حريته او ابتدا وبين ان يكون متصلا بقبض النجوم
او غير متصل لشمول العذر انتهى وقال ابن الرفعة اذا قال له حين الدفع اذهب
فانت حر ثم ظهرت النجوم مستحقة لم يحصل العتق ان قصد السيد الاخبار
عن حاله بعد اداء النجوم وان قصد انشاء العتق برئ المكاتب وعتق فلو قال
السيد اردت الاول وقال المكاتب بل الثاني صدق السيد بيمينه جزم به
العراقيون والبغوي وابدا الغزالي وجها خرجه من وجه حكي فيما لو قال المشتري
في المبيع المخاصم فيه هو ملكي او ملك بايعي ثم استحق بالبينة انه لا يرجع على بايعه
بالثمن وقد اقامه الرافعي وجها في المذهب ولو كان هذا القول قبل اداء النجوم
نفذ العتق ولم يقبل قول السيد اذ لا ظاهر يصدقه انتهى ٥ قلت
وقد يوخذ من ظاهر نص الام ان احلاف السيد لا يتوقف على دعوى العبد
فانه قال ولو شهد شهود على السيد انه قال للمكاتب انت حر فقال انما قلت
انت حر بانك قد اديت ما عليك احلف بالله ما اراد احداث عتق له على غير الكتابة
وكان مملوكا وكذلك لو شهدوا عليه انه قال بعد اداء الكتابة وقبل استحقاق
المتاع هذا حر او قال له انت حر فان شهدوا عليه بعد استحقاق ما ادى اليه
من الكتابة انه قال انت حر كان حرا وكان هذا احداث عتق وكذلك لو
لو شهدوا عليه قبل ان يودي الكتابة انه قال انت حر او قال هذا حر حين يودي
الكتابة او بعد هذا لفظه رضي الله عنه ويظهر القول بالتحليف بلا طلب احتياطا

لحق له

لحق الله في الحرية وقد يجري في توقفه على طلب العبد خلاف مما سبق في
المفلس اذا اقام البينة والتحليف هنا اولى والعلم عند الله تعالى قال
وان خرج اي المودى معيبا فله رده واخذ بدله اي ان لم يرض به كالثمن المعيب
ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والفاحش فان كان العيب في النجم الاخير
الذي يتعلق به العتق فان رضي به فالعتق نافذ لا محالة وصار كالابرا عن بعض .
الحق لكن هل يحصل العتق عند الرضا او من وقت القبض وجهان اصحهما الثاني
وان اراد الرد والاستبدال فان قلنا يتبين بالرد ان الملك لم يحصل بالقبض
فالعتق غير حاصل فان ادى على الصفة المستحقة بعد ذلك عتق وحينئذ وان
قلنا يملك بالقبض ويرتفع بالرد فوجهان احدهما ان العتق كان حاصلا الا انه
كان بصفة الجواز فاذا رد العوض ارتد واصحهما انه يتبين ان العتق لم يحصل
لانه ليس من التصرف الذي يتطرق النقض اليه فلو حصل لما ارتفع ولا يثبت
العتق بصفة اللزوم باتفاق الاصحاب خلافا لاحمد هذا حاصل كلام الرافعي
وسوى الماوردي وغيره بين الرد بالعيب والاستحقاق فقالوا اذا رده
العيب ارتد العتق وسقطت القيمة نصه في الام في ذلك فرع قال
الرافعي ولو تلف عند السيد ما قبضه ثم علم عيبه قال الامام فان رضي فالعتق
نافذ ويعود الوجهان في انه يحصل عند الرضا او يستند الى القبض وان طلب
الارش تبين ان العتق لم يحصل فاذا ادى الارش حصل حينئذ وان عجز
فللسيد ارقاقه ويجي الوجه الآخر وهو انه يرتفع العقد بعد حصوله ويوافقه نظر
نظر صاحب الشامل حيث قال ويعود حكم الرق في العبد حتى يوديه والاول هو
المذكور في الوسيط انتهى وقوله وهو انه يرتفع العقد كذا رايته في نسخ الرافعي
وجرى عليه في الروضة وهو تحريف من ناقل وصوابه يرتفع العتق كما قاله
في الشرح الصغير وقضية كلامهما ان هذا وجه مرجوح وقال الماوردي يرتفع
العتق باستحقاقه الارش كما يرتفع بنقصان القدر ولا يقف على اختيار السيد
فان ادى المكاتب الارش الى سيده عتق حينئذ وان امتنع كان للسيد تعجيزه
واسترقاقه وقال ابن الرفعة وعلى قول ابي اسحق يعني ان الدين المعيب انما يملك

بالقبض مع الرضى لا بمجرد القبض اذا كان المقبوض نا لفا عاد الرق
من يوم تلف المعيب ويتخير باداء الارش انتهى وقد قال الرافعي من قبل
ان قول ابي اسحق اشبه الوجهين وبه قال صاحب التقريب وغيرهما وقال
الدارمي اذا وجد به عيبا وقد تلف فعلى العبد الارش فان لم يجد به فله
تعجيزه وان جاء به عتق قبل تجديده وقيل من وقت الاداء للمعيب وقيل
وقت تلف المعيب انتهى قال الرافعي وما الارش فيه وجهان احدهما ما
ينقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم وهذا ما اورده
السرخسي والثاني ما ينقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب المقبوضة
بسبب العيب وهذا ما نقل الروياني رجحانه زاد في شرحه الصغير وهذا احسن
ويجري الوجهان في كل عقد ورد على موصوف في الذمة قال الامام والاشبه منهما ان
يقال يغرم السيد ما نقص ويطالب بالمستحق بالصفات المشروطة انتهى وفي البيان
عن العدة ان الثاني قاله ابو حامد وقال القفال انه غلط بل يرجع بما يقابله
من عوضه وعوضه رقبته وهي فائتة بالعتق فيرجع ببعض قيمة الرقبة كما لو اطلع
على عيب في المسلم فيه فانه يرجع ببعض راس مال السلم **قلت** وما قاله ابو حامد
هو نص الام قال ان فرق لو كاتبه على عبدين فاداهما معيبين وما نافي بدل او
اعتقهما ثم ظهر فيهما على عيب قيل للمكاتب ان اديت ما بين قيمة العبد صحيحا ومعيبا
عتقت وان لم تؤد فللسيد تعجيزك لانك لم تؤد ما كوتبت عليه بكماله كما لو
اديت اليه دنانير نقصا لم تعتق الا بان تؤديها وازنة او يعطيه نقصانها
وهذا هكذا في الطعام والشراب والعروض كلها يكاتب عليها لا يختلف انتهى
لفظه فهذا اصول المذهب **فرع** قال الماوردي وان حدث عند السيد
عيب يمنع من رده كان وقوع العتق موقوفا على ما يستقر بينهما لان الارش
لم يستقر لامكان الرد والرد لم يستقر لحدوث العيب لان المكاتب بالخيار
بين ان يسترجع العوض معيبا ويرد مثله وبين ان يدفع قدر ارشه ولا يسترده
واذا كان هكذا بدي بالسيد وقيل له ارضى بعيبه فان رضي به استقر وقوع
العتق وان لم يرض بالعيب قيل للمكاتب ارضى باخذه بالعيب الحادث فان رضي
به كان ارتفاع عتقه موقوفا على رد العوض عليه فان رده ارتفع عتقه
فان عصاه غيره سليما والا عجزه السيد واسترقه وان امتنع من استرجاعه
معيبا فالمستحق له الارش فقد نفع عتقه باستحقاق الارش الا ان يسمح
به السيد فيصير كالابراء ويستقر به وقوع العتق انتهى والمنقول في البيان
في هذه الصورة الرجوع بالارش من غير تفصيل كما لو اطلع على عيب المقبوض
بعد تلفه من غير فرق بينهما والله اعلم **قال** ولا يتزوج الا باذنه
اي باذن سيده رعاية لحقه ولان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وسبق في الفن
وجه انه لو استاذن سيده فيه فابى استقل به وبجعله هنا اظهر وجزم الحاملي في
المقنع بوجوب اجابة المكاتب الى التزويج دون القن ثم ما اقتضاه كلامه من
الصحة باذن السيد هو اصح الطريقين والثاني انه على القولين واقتضى ايراد
الوسيط ترجيحها تبعا للامام رحمهما الله وقال انها المشهورة وعليها اقتصر
جماعة ووجه المنع بان نفقة الزوجة والاولاد يستغرق مكاسبه فلا يحصل
المقصود من التعجيل قوله من شرح المنهاج وفي الوافي قول انه لا يجوز مع الاذن
وهو غريب قلت بل مشهور نقله الماوردي والرافعي والمراوزة قاطبة وصوه
في الوجيز **اشارة** نظيها انه ان كان المكاتب ممسوحا واحتاج الى من
يخدمه وكانت مؤنة الزوجية اخف من مؤنة خادم واجرانه يجوز له التزوج
كالاول بلا خلاف وفي جواز منعه منه وقفة **قال** ولا يتسرى باذنه
على المذهب اي لضعف ملكه وقد يهلك الامة في الطلق واعلم ان الخلاف مبني
على ان العبد هل يملك بالتمليك ان قلنا لا وهو الاظهر وبه قال الجديد لم يحل
الوطء والتسري وان قلنا نعم فقيل يحل وبه اجاب القاضي ابو الطيب في اوائل
النفقات من تعليقه واقتضى كلام الماوردي الجزم به ورجح الفنجان
في باب العبد الماذون جوازه بالاذن وقيل يجوز مطلقا وقيل يحرم مطلقا
وقيل يبنى على الخلاف في تبرعاته بالاذن فطريقة ابن ابي هريرة القطع بالمنع
لضعف الملك هذا ما اورده الرافعي هنا وحاصل كلامهما ههنا ان
المذهب المنع كما في المنهاج وهو نص الام هنا لكنه في باب الماذون من

الروضة زاد ان يسري المكاتب باذن سيده على القولين في تبرعاته
وعلى هذه الطريقة اقتصر في كتاب النكاح قبيل باب اختلاف الزوجين
في النكاح والظاهر من هذين الكلامين تصحيح الجواز من غير بناء قال
الشيخ ابو محمد لا يبعد اجراء وجهين من وطي من يؤمن حبلها كما في المرهونة
وقال ولكن الامام انه غير مرضي **قال** ولا يشتري الجواري للتجارة
لانه انما كاتب ليعتق بالاداء فمكن من جهات الكسب المباح تحصيلا للمقصود
فان وطئها فلا حد اي لشبهة الملك وكذا لا مهر لانه لو وجب لكان له
والولد نسيب لشبهة الملك ولا يعتق في الحال لضعف ملكه بل يكون ملكا
له لانه ولد جاريته ولا يملك بيعه لانه ولده بل ان عتق عتق والا رق
وهذا معنى قولهم ان ولده يتكاتب عليه **قال** فان ولدته في الكتابة
او بعد عتقه لدون ستة اشهر تبعه رقا وعتقا لانها اذا ولدته في الكتابة
او بعد العتق لدون ستة اشهر علمنا ان العلوق وقع في الرق **قال**
ولا تصير مستولدة في الاظهر لانها علقت بمملوك فاشبهت المنكوحة وفي الثاني
تصير مستولدة في الحال وبه قال ابو حنيفة واحمد واختاره المزني لانه ثبت
للولد حق الحرية حيث يتكاتب عليه وامتنع بيعه واجاب الاول بانه حق الحرية
لم يثبت للولد تبعا للاستيلاد في الملك وانما ثبت لصيرورته ملكا لابيه كما لو ملك
ولده بهبة وغيرها واعلم ان الرافعي قال وهل تصير الجارية مستولدة له منهم
من يقول لا تصير مستولدة في الحال فان عتق ففيه قولان **قلت** وهذا
ما اورده في الشامل والظاهر انه طريقة العراقيين قال ومنهم من يطلق القولين
في ثبوت حرمة الاستيلاد في الحال هكذا قال في الشرحين واقتصر في المحرر
على الطريقة الثانية ثم قال فان قلنا تثبت حرمة الاستيلاد في الحال فان
عتق المكاتب استقر الاستيلاد وان عجز رقت مع الولد للسيد فان عتق المكاتب
بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة له لان بالعجز تبين انها علقت برقيق وانه لا
استيلاد وان قلنا لا تثبت فان عجز ثم عتق وملكها لم تصر مستولدة له وان عتق
باداء النجوم فكذلك على ظاهر المذهب وخرج قول مما اذا ولدت المرهونة فبيعت ثم

ملكها

ملكها حيث يقول تثبت الاستيلاد على راي لكن العلوق هناك لحر وهنا
بمملوك انتهى **اشارات** ما قدمناه من انه لا يجوز له بيع ولده
منها هو المذهب مطلقا وعن الاصطخري انه اذا اخشى العجز جاز قال الماوردي
قبيل باب الاستبراء والمذهب المنع واما الام فيجوز له بيعها في الاظهر ⊙ لو
جنى الولد جناية تعلق الارش برقبته جاز بيعه وحكى الامام عن العراقيين
انه يباع جميعه وان زاد الثمن على الجناية وعن المراوزة انه لا يباع منه الا بقدر
ارش الجناية وهو المحكي في الزوائد عن النص في الجامع الكبير وحكى عن الشيخ
ابي حامد وجهين احدهما هذا والثاني ان الارش لا يتعلق برقبته ولا يباع
لان الشرع قد منع من بيع الاماء والابناء ومن اتى على انا انما نبيع الجميع عند تعذر
بيع البعض ويشبه ان ينزل عليه ما اطلقه الامام عن العراقيين **قال**
وان ولدته بعد العتق لفوق ستة اشهر وكان يطؤها فهو حر وهي ام ولد
اعلم ان عبارة الرافعي وان كان لستة اشهر فصاعدا من يومئذ
فقد اطلق الشافعي رضي الله عنه انها تصير مستولدة له واختلف الاصحاب فقيل
هذا اذا وطئ بعد الحرية وولدت لستة اشهر فصاعدا من يوم الوطء لظهور العلوق
بعد الحرية والولد والحالة هذه حر ولا ولاء عليه الا بالولاء على ابيه ولا ينظر
الى احتمال العلوق في الرق تغليبا للحرية فاما اذا لم يطاها بعد الحرية
فيكون الاستيلاد على الخلاف وقيل تثبت الاستيلاد وطئ بعد الحرية
او لم يطا لانها كانت فراشا قبل الحرية وذلك الفراش مستدام بعدها والامكان
العلوق بعد الحرية قايم فيكتفى به لثبوت الاستيلاد والاول اصح
على ما ذكر صاحب التهذيب انتهى وذكر هكذا في شرحه الصغير ملخصا وبالطريق
الثاني اجاب الدارمي وابن الصباغ والماوردي والشيخ ابو محمد في
مختصره وصاحب المعتبر جريا على ظاهر النص قالوا ولا تشترط اعترافا جديدا
بالوطء بعد العتق على الصحيح لانها صارت فراشا له بالوطء السابق فلا
حاجة الى اعتراف ثان بالوطء وعلى هذه الطريقة جرى الامام ايضا لكنه
ارسل هذين الوجهين وعلى ما صححه البغوي اقتصر الغزالي والظاهر

ان العراقيين وجمهور الاصحاب على خلافه لكن لفظ الام فيه في الام
بعد بيعه على انها لا تصير ام ولد بالاستيلاد في حال الكتابة ولا تكون في
حكم ام الولد حتى تلد منه بوطي كان بعد عتقه لستة اشهر فصاعدا فتكون في
في حكم ام الولد فبان بهذا ان الاصح ما اورده الفوراني وصححه البغوي
في كتابيه التهذيب والتعليق وبالله التوفيق **اشارة** قول المحرر
وان ولدته بعد العتق لاكثر من ستة اشهر وقول المنهاج لفوق ستة
اشهر يفهم انها لو ولدته لستة فقط ان الحكم يختلف وعبارة الشافعي والاصحاب
كما ذكرنا **فصل فيه** ولو عجل النجوم اي قبل محلها لم يجبر
السيد على القبول ان كان له في الامتناع غرض اي مقصود كمؤنة حفظه
اي او علفه او خوف عليه اي من نهب او غارة او موت وغير ذلك لما في الاجبار
من الضرر والحالة هذه نعم لو انشأ العقد في وقت الفتنة والغارة فوجهان
احدهما يجبر لاستواء الحالين قال الرافعي تبعا للبغوي والغزالي في البسيط وصححها
المنع لانها قد تزول عند المحل انتهى وهذا قضية اطلاق جماعة وهو القياس
والموافق لما ذكروه في آخر كتاب السلم في اجبار رب الدين على قبوله قبل المحل
وارسل الامام والغزالي في الوسيط وابن الصباغ وغيرهم الوجهين بلا ترجيح وممن
جزم بمنع الاجبار هنا الشيخ ابو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته وصاحب المعتبر
وهو المختار وعبارة الامام لو كان العقد في زمان نهب وغارة ثم استمرت تلك
الحالة المسلة والظاهر ان استمرارها ليس بشرط في اجراء الوجهين وقال
الماوردي هنا ان صار ذلك معهود الابد جاز والا لزمه قبوله اي جزما
وان كان يرجى زواله فوجهان احدهما وهو قول ابن ابي هريرة والظاهر من مذهب
الشافعي عليه قبوله لتماثل الزمانين والثاني حكاه ابو حامد الاسفرايني
لا يلزمه لان زوال الخوف قد كان مامولا عند المحل فلم يلزمه تعجيل الضرر
انتهى وعلى ترجيح قول ابن ابي هريرة جرى الجرجاني في الشافي وهو ظاهر
نص الام حيث قال واذا اراد المكاتب ان يعجل للسيد الكتابة قبل المحل وامتنع
السيد من قبوله فان كانت الكتابة دنانير او دراهم جبر السيد على اخذها منه

تعب

دعتق

وعتق المكاتب وهكذا ان كاتبه ببلد ولقيه ببلد غيره فقال لا اقبض
منك في هذا البلد جبر على القبض منه حيث كان الا ان يكون في طريق
فيه خرابه او في بلد فيه نهب فلا يجبر على اخذها منه في هذين الموضعين
اذا لم يكونا في البلد الذي كاتبه فيه فان كانا بالبلد الذي كاتبه فيه
جبر على اخذها منه فيه انتهى وهو محتمل ورايت في تعليق ابرهيم المروذي
ان كان له غرض في الامتناع بان كان وقت نهب وغارة او حريق او غرق
او كان طعاما يريد اكله في محله عصا طريا او كان دابة يحتاج الى علف لا
يجب واستدل بالاثر ثم قال وان اتى به بعد محله نظر ان كان في مكان
العقد ولم يكن وقت الفتنة اجبر على قبوله وان كان وقت الفتنة ينظر
ان كان العقد حال السلامة المذهب انه يجبر على قبوله وفيه وجه انه لا
يجبر وان كان العقد في حال الخوف يجبر على القبول الا اذا اتى به في
مكان العقد اي بلا خلاف انتهى فجعل الخلاف فيما اذا اتى به بعد محله لا
قبله **فرع** لو اتى بالنجوم في محلها او بتعجيلها في غير بلد العقد قال
الرافعي ان كان في النقل مؤنة او كان الطريق او ذلك البلد مخوفا لم يجبر
على القبول والا فيجبر انتهى وقال الماوردي ان كان لنقله مؤنة او في
طريقه خطر لم يلزمه قبوله الا في بلده وان لم يكن شيء من ذلك وكان السيد
ببلد الدفع فان كان بين البلدين دون مسافة القصر لزمه قبوله والا
فوجهان احدهما لا يلزمه لما عليه من الضرر في ابعاد ماله عن بلده والثاني
يلزمه لان احرازها متماثله واستطابة كل واحد منهما ممكن والله اعلم
وقد يوجد من توجيه الاول انه لو لم يكن له وطن انه لا ينظر الى موضع العقد
ويجبر على الوجهين لان البلاد في حقه متساوية وهو محتمل اذا لم يتعلق له
بالقبض في موضع العقد غرض مقصود من وجه اخر **قال** والا
فيجبر اي وان لم يكن له في الامتناع من قبض المعجل غرض مقصود اجبر
على قبوله لان للمكاتب غرضا ظاهرا فيه وهو تنجيز العتق او تقريبه ولا ضرر
على السيد في القبول ولان الاجل حق للمدين فاذا اسقطه فينبغي ان يسقط

وفي ذلك اثر مشهور عن عمر رضي الله عنه ذكره في الام واخرجه البيهقي
قال فان ابى اي امتنع من قبوله وقبضه قبضه القاضي اي
عنه وعتق المكاتب ان لم يكن عليه شيء لاثر عمر رضي الله عنه في ذلك قال الشافعي
والاصحاب وكل من اجبرناه على قبض المعجل اجبرنا وليه اذا كان محجورا
عليه لجنون طرا واجبرنا وارثه الرشيد وولي المحجور عليه **فرع** لو اتى
بالنجم في محله والسيد غايب قبضه القاضي عنه وكذا اذا امتنع وهو حاضر
ويعتق العبد وكذا يقبض عنه المعجل اذا عرف انه لا ضرر على السيد في
اخذه قال الرافعي قال الصيدلاني مثله لو كان لغايب دين على حاضر فاتى به
الحاكم هل يقبضه للغايب فيه وجهان اظهرهما المنع لانه ليس للمؤدي غرض الا
سقوط الدين عنه والنظر للغايب ان يترك في ذمة المليء فانه خير من ان يصير
امانة في يد الحاكم انتهى وسبق في هذه الصورة ونظايرها اضطراب اوضحناه
في الغنية **قال** ولو عجل بعضها ليبريه عن الباقي فابرا لم يصح الدفع
ولا الابرا اي سوا كان الالتماس والشرط من العبد او من السيد كما صرح
بالصورتين في المحرر وغيره واذا لم يصح القبض ولا الابرا لم يحصل العتق
وعلى السيد رد الماخوذ **قلت** ويشبه ان موضع عدم صحة الابرا اذا
كان يعتقد صحته او جاهلا بحكمه اما لو كان عالما بفساد الحكم ثم اوقع الابرا
بعد التعجيل انه يصح الابرا ويعتق العبد وربما سبق ما يويد هذا فيما لو باع
عينا بشرط ان يبيعه المشتري عينا ايضا قال الرافعي هذا ظاهر المذهب واشار
المزني الى تردد قول في صحة القبض والابرا ولم يسلم له الجمهور اختلاف القول
في المسألة وحملوا النص على ما اذا لم يجر شرط وابتداه اي والمنع على ما اذا شرطه
قال وردد في الوسيط تردد القول في انه يجعل بشرط الابرا وقال السيد فابراه هل
يجعل القبض صحيحا ففي قول ينقلب صحيحا لانه رضي بالادا بشرط الابرا فاذا حصل
الشرط كان القبض مرضيا به وعلى هذا جرى في الوجيز ولو انشا رضا جديدا بقبضه
عما عليه يحكم بصحته كما لو اذن للمشتري في ان يقبض ما في يده عن جهة الشرا
او للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن انتهى وقال في البسيط بعد نقله اتفاق المحققين

على

على تغليط المزني وعندي ان موضع التردد هو ان يقدم العبد الادا
بشرط الابرا فان الادا باطل في الحال لكن لو ابرا السيد فرضي العبد
بدوام يد السيد صح القبض لان الدوام كالابتدا وهل يحتاج الى انشا رضي
اخر فيه تردد ولعل الصحيح ان دوام القبض كابتدايه وان ما سبق من
الرضا كاف عند الابرا فلا يحتاج الى الاستيناف نعم ربما لا يثق المكاتب
بتسليم المال فان السيد ربما لا يبري ويتمسك بالمقبوض الباطل فلا يرده
وطريقه ان يعدل على يد عدل ليأخذ السيد عند الابرا لكن السيد لو ابرا
عند الاخذ لم يامن ان يعزل العبد الوكيل فلا يودي اليه والوكيل لا يامن
لو بدأ بالتسليم انتهى **فرع** قال الرافعي ذكر الشافعي رضي الله عنه
مسالة الحيلة ليتوصل بها المكاتب بما عجله الى ان احب ان يعجل فليرض المكاتب
بالعجز وليرض السيد بان ياخذ ما معه ويعتقه ولكن في هذا مخاطرة على
العبد فانه لا يؤمن ان لا يفي السيد بما وعد ويرقه وياخذ ما في يده من الاكتساب
فالطريق على ما حكي عن صاحب الافصاح والابانة ان يقول اذا عجزت نفسك
وأديت الي كذا فانت حر فاذا وجدت الصفتان يعتق ويكون العتق عن
الكتابة قال في التهذيب لانه لا يرتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه وانما ترتفع
اذا فسخها اي السيد بعد التعجيز واذا اعتق عن الكتابة كانت الاكساب له
ثم تراجعان فيرجع على سيده بما اخذ ويرجع السيد عليه بقيمته **قلت**
في هذا الفرع خبط طويل فنقول قال الامام ما ذكره الشافعي مشكل فانه اذا
عجز نفسه انقلب الى السيد جميع ما في يده فمن اي موضع يودي المشروط اولا
ثم السيد بعد جريان التعجيز يستحق جميع ما في يده ويسترقه رقيقا ولا يلزمه
الوفا باعتاقه على مال ولو اعتقه عليه وقع في ذمته ويد فات السيد بجميع
ما كان منسوبا الى ملكه قبل التعجيز فكيف يستتب هذا ذريعة لتحصيل التعجيل
مع تحقق غرض المكاتب في التخفيف عنه في مقدار من النجم وهذا استيصال
لما في يده مع التزامه مزيدا في ذمته وورا ما ذكرناه نوعان من الاشكال احدهما
ان غرض المكاتب استتباع اكسابه واولاده واذا عجز نفسه وانقطعت

الكتابه لم يسعه الكسب والولد بعد انقطاعها والوجه الثاني بورده جوابا عن سوال قال صاحب التقريب ان اراد المكاتب ان يستوثق بوعد السيد لم يسعفه بما قال حتى يقول المولي اذا عجزت نفسك ثم اعطيتني الفا فانت حر فيحصل الثقه بعد حصول التعليق وهذا فيه نظر من جهة ان تعليق العتق بالادا يقع انشاوه في حالة استمرار الكتابه وما لم يرتفع الكتا لم يصح اثبات عقد عتاقه اخر على مال فكانه اوقع تعليق عقد في وقت لا يملك انشاه ومن مذهب الشافعي ان ما لا يصح تنجيزه في وقت لا يصح تعليقه فيه وهذه امور مضطربه لا يسلك الفقيه في خروجها عن ضبط المذهب على اي وجه قدر ثم ان جوزنا مثل هذا التعليق تعويلا على استمرار فكيف الجواب عن استتباع الكسب والولد وقد قال شيخي ابو محمد من اصحابنا من قال اذا ادى بعد التعجيز ما شرط عليه استتبع الكسب والولد فان هذا شرط جرى في كتابة لتحصيل غرض المولى وهذا عندي لا مساغ له وهو هدم اصل المذهب واثبات ما لا يليق مثله بقاعدة الشافعي وان لم يكن من مثل هذا بد رعاية لغرض المولى والمكاتب فما ذكره المزني من نقل قول في صحة الادا او الشرط امثل من هذا ولا اخرج شي منه والوجه ان يقال في نقل ذلك خلل او بادره صدرت من غير فكر من ناقل على قياس مذهب الشافعي والله اعلم انتهى وقال الغزالي في البسيط بعد ما سبق عنه من تعليل المنع قال الشافعي يقول للعبد عجز نفسك وانا اعتقك بالقدر الذي اخذه وهذا ايضا وعد لا يوجب ثقة قال صاحب التقريب يقول السيد ان عجزت نفسك ثم اعطيتني الفا فانت حر وهذا فيه نظر لان العبد لا يرضى بان لا يستتبع الكسب والولد واذا عتق بعد العجز لم يستتبع ولان هذا عقد عتاق بعوض ولا يجوز انشاوه في دوام الكتابة فضاهى تعليق الطلاق قبل النكاح الا انه يحتمل تصحيح هذا نظرا الى قيام اصل الملك في الحال ولكن يتوقف حدث الاستتباع من جانبه ومن جانب السيد انه ربما يسمح بالابرا عن بعض النجوم لا بالعتق وذلك لا يتم الا بتراض وثقة بالوعد انتهى وقال صاحب المعتبر في تعليل المختصر وهو ابو خلف عوض بن احمد الشرواني

بفتح

بفتح الشين المعجمه واسكان الرا المهمله ولا يصح التعجيل بشرط الابرا عن بعض النجوم لان الابرا لا يصح تعليقه بالشرط ولانه اذا قال عجل لي خمسمايه حتى ابريك عن خمسمايه او صالحني عن الف على خمسمايه كان ذلك ربا وبيعا للاجل فلا يصح فان اراد تصحيح ذلك فليرض المكاتب بالعجز وفسخ الكتابه وليرض السيد بشي ماخذ منه ثم يعتقه فان ذلك يجوز ولكن فيه غرر لان السيد قد يقبض ثم لا يعتق فالاحوط له ان يقول له السيد ان عجزت نفسك واديت الي خمسمايه فانت حر ليكون العتق معلقا بالادا الا الابرا ولكن مع هذا لا يكون هذا العتق بحكم الكتابة وانما هو بالصفة فلا يستتبع به الاولاد والاكساب فليفهم هذا الفقه في اصله وقال الماوردي قال الشافعي فان احب ان يصح فليرض السيد بشي ياخذه منه على ان يعتق فيجوز وهذا صحيح اذا اختارا التوصل الى وقوع العتق ببعض الباقي فيعجز المكاتب نفسه حتى عاد عبدا استانف السيد بعد العجز فقال له ان اعطيتني دينارا فانت حر جاز لانهما بعد بطلان الكتابة بالعجز قد استانفا عتقا بصفة فصار العتق واقعا بها لا بالكتابه قال ولكن لو جعلا عتق الصفة مشروطا بالعجز فقال السيد ان عجزت نفسك واعطيتني دينارا فانت حر فعجز المكاتب نفسه واعطاه دينارا اعتق به وكان هذا احوط للمكاتب مما تقدم لانه اذا عجز نفسه وقد انعقدت الصفه بعتقه لوجود شرطها فصارت لازمه لا خيار للسيد فيها بعد العجز وهو في المسلة الاولى مخير بعد العجز بين ان يعقد عتقه بالصفه او لا يعقد فاما اذا قال لمكاتبه والكتابه بحالها ان اعطيتني دينارا فانت حر عتق بدفعه ويغلب حكم الكتابة وصار العتق فيها على عوض فاسد فيلزم المكاتب فيها قيمته ويرجع بما اداه من قبل مع الدينار الذي عتق به من بعد ويتقاصان مع اتفاق الجنسين ويتراجعان فضلا ان كان انتهى وقال في الشامل قال الشافعي فان اراد ان يصح هذا فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد بان ياخذ منه شيا ويعتقه يريد ان المكاتب يعجز نفسه فيفسخ السيد الكتابه ثم يعتقه على ما معه من المال قال اصحابنا هذا صحيح الا ان فيه غررا لانه يجوز ان ياخذ

منه المال ولا يعتقه ولكنه اذا قال اذا عجزت نفسك ودفعت الي المال
الذي معك فانت حر ففعل ذلك عتق الا ان العوض يكون فاسدا لانه شرط
فيه التعجيز فيكون للسيد قيمة العبد يحتسب فيها ما اخذ وان لم يقل هذا
ولكنه قال ان اعطيتني خمس مائة فانت حر فاعطاه عتق ولكنه عوض فاسد
لان عقد الكتابة لا يصح المعاوضة عليه فيعتق بالصفة ويجب عليه تمام قيمته انتهى
وفيما علق عن البغوي على المختصر بعد ايراد النص وهذه حيلة ذكرها الشافعي
وظاهره ان المولى يفسخ الكتابة برضى المكاتب ثم يعتقه على ما في يده ولو ان
المكاتب يخاف ان المولى لا يعتقه بعد اخذ ما في يده وتعجيزه فالطريق في ذلك
ان يقول له المولى ان عجزت نفسك واعطيتني خمس مائة فانت حر فحينئذ
فحينئذ اذا عجز نفسه وادى خمس مائة عتق ثم انهما يتراجعان السيد بقيمته
وهو بما دفع من قبل ان السيد جعل التعجيز والخمس مائة عوضا والتعجيز لا يصلح
ان يكون عوضا فلا جرم قلنا يفسد لفساد العوض والعتق يحصل لوجود
الصفة قال شيخنا الامام ولا يثبت للمكاتب رجوع بما دفع لانه لما عجز نفسه
صار ما في يده ملكا للمولى غير ان السيد يرجع عليه بقيمته لانه لم يرض باعتاقه
مجانا ولا يرجع بما سمى لانه فسد بشرط التعجيز فصار كما لو اعتقه على خمر قال
رضي الله عنه ويحتمل ان يقال لا يثبت التراجع اصلا كما لو قال ان اديت الي
الفا فانت حر فادى يعتق ولا شي عليه لانه تعليق محض قلت وربما
هذا الوجه اولى وفي الاول نظر انتهى لفظ التعليق والظاهر ان القائل
قلت هو المعلق عن البغوي والاحتمال للبغوي وفي عمد الفوراني بعد ذكر
النص قال الشيخ الامام يعني القفال وههنا اشكال فان ظاهر النص يقتضي
انه اذا اخذ من عبده مالا بشرط ان يعتقه جاز وما يبقى في يد العبد يتبعه فيبقى ملكا
له وهذا لا يصح على مذهبه الجديد لان العبد لا يملك وما في يده للمولى ولو اعتقه
لا يتبعه فلعله اجاب على قوله القديم وعلى القياس قلت هذا لا يصح لان قوله
القديم لا يتبع المال العبد وان قلنا يملك فذلك قول مالك انتهى قال الفوراني
قال بعض فقهائنا لم يرد الشافعي ما ذهب اليه الشيخ الامام ولكنه اراد ان

يعتقه

يعتقه على مال فيقول ان اديت الي كذا فانت حر فاي مال دفع اليه عتق
بغير شي وهو ان العبد في هذا التعجيز مخاطر ولعله لا يعتقه فينبغي ان
يقول له المولى قبل التعجيز اذا عجزت ودفعت الي كذا فانت حر فان
فعل ذلك حينئذ استرد العبد ما دفع بعد التعجيز وعليه قيمة نفسه لانه علق
عتقه باداء مال وهو في حال الكتابة فلا يصح انتهى وذكر في الابانة ملخصا
بمعناه هذا ما حضرني من النقول في المسألة ويخرج فيها وجوه والله اعلم
واعلم اني بعد ان كتبت هذا رايت بعض ايمة العصر رحمه الله
افرد المسألة بتصنيف فنورد مقاصده وان تضمن ذلك تكرارا فان فيه فوايد
قال مسألة ضع وتعجل ومعناها ان يكون لرجل على اخر دين مؤجل فيقول
المديون لرب الدين ضع بعض حقك وتعجل الباقي او يقول رب الدين
للمديون عجل لي بعضه واضع عنك باقيه ولا فرق عندنا بين دين الكتابة
وغيره فان جرى ذلك بالشرط بطل وان عجل بغير شرط وابرا الاخر وطابت
انفسهما فهو جائز وان الشرط المبطل هو المقارن فلو تقدم لم يبطل صرح
به الحوري هنا وهو مقتضى تصريح جميع الاصحاب في غير هذا الموضع ثم ذكر
اثارا وردت في التحريم والاباحة في غير دين الكتابة ثم قال واصحابنا يحملون اختلاف
الاثار في ذلك على ما ذكرناه من التفصيل قال ولا يحضرني عن احد من العلماء
خلاف في امتناعه في غير دين الكتابة اذا كان بالشرط واما دين الكتابة فقال
ابو حنيفة واحمد بجواز ذلك فيه لان دين السيد على العبد غير مستقر فلم
يكن على حقيقة المعاوضات وعندنا هو كغيره ان جرى ذلك فيه بالشرط
فسد والا فلا واذا فسد لم يصح التعجيل ولا الابراء ولا يقع العتق فان قلت
لا خلاف في القديم في صحة تعليق الابراء ومقتضى ذلك ان يصح الابراء هنا
في دين الكتابة وغيره قلت يمكن حمله على تعليق ليس فيه معنى المعاوضة
ويجزم بالبطلان فيما اذا كان في معنى المعاوضة لما ذكروه من معنى الجاهلية
فان قلت ينبغي ان يصح تعليق الابراء في الكتابة وان فسد في غيرها لان
ابراء المكاتب عتق قلت انما يكون الابراء عتقا اذا ابرا مجانا لا في

مقابلة عوض التعجيل فان قلت فلو جعل بدل الابرا العتق
قلت يفسد المعاوضة ويعتق بالتعجيل الفاسد ويجب عليه تمام قيمته
اما فساد المعاوضة فلانه انشا عقد عتاقة بمال على المكاتب وهو لا يجوز وعتقه
بالتعجيل لوجود الصفة ووجوب القيمة لانه لم يعتقه مجانا وهذا نقول
فيما اذا اعتق على عوض غير نجوم الكتابة واستشكل الامام وقوع العتق
وقال ان ما لا يصح تنجيزه لا يصح تعليقه وجوابه ان الذي لا يصح تنجيزه هو
عتق المكاتب على مال آخر اما مطلق عتقه فيصح وهو المعلق والمال في مقابلة
هذا التعليق فلا يمتنع الحكم بوقوعه ولو علق العتق على ادا بعض النجوم في محله
فلا اشك في صحته ووقوع العتق به ولو علق العتق على تعجيله فهل يكون كتعليق
الابرا فيبطل او كتعليق العتق لانه من مال الكتابة يتحمل من كلام الجوري
عن الشافعي ما يدل على انه يقع به العتق ويكون عوضا فاسدا قال والذي دعانا
الى الكلام في هذه المسئلة النظر في صحة الابرا فلنذكر نصوص الشافعي والاصحاب
والمسئلة مذكورة في مختصر المزني ولكن غيره ذكرها ابسط منه فذكر الجوري
في حكاية كلام الشافعي قال ولو عجل ذلك على ان يضع عنه منه شيا ويعجل له العتق
لم يجز ولو كانت غير حالة فساله ان يعطيه بعضها حالا على ان يبريه من الباقي لم
يجز ذلك له كما لا يجوز في دين الى اجل على حر فان فعل لم يعتق المكاتب ورد عليه
ما اخذ منه مما لا يجوز ان يبريه منه فان فعل هذا على ان يحدث للمكاتب عتقا
ورجع عليه سيده بالقيمة لانه اعتقه ببيع فاسد فان اراد ان يصح هذا لهما
فليرض المكاتب بالعجز ويرضى السيد بشي ياخذه منه على ان يعتقه فيبطل به الكتابة
ويفسد العتق والعوض وقال الاصحاب كلهم عن الشافعي بعض هذا الكلام
وهو في معناه ولفظه الذي نقلوه ولو عجل له بعض كتابته على ان يبريه من الباقي لم
يجز ورد عليه ما اخذه منه ولم يعتق لانه ابرا مما لا يبرا منه فان احب ان يصح
فليرض المكاتب بالعجز ويرضى السيد بشي ياخذه منه على ان يعتقه فيجوز وعلل
الاصحاب كلهم ذلك بانه يضاهي ربا الجاهلية المجمع على تحريمه وبطلانه وهو انهم
كانوا يزيدون في الحق ليزيد صاحب الحق في الاجل وهذا ينقص عن الحق ليقص

من الاجل

من الاجل فهو يشبهه وفي معناه ثم للمسئلة شرطان ان يكون التعجيل
مشروطا بالابرا والثاني ان يقع الابرا على الفور على وجه القبول لما شرطه
الدافع كما في باب العقود فيكون هذا عقدا فاسدا لشبهه بربا الجاهلية
قال ابو اسحق في النكت وقال ابو حنيفة يصح لنا انه ابراه عن بعض الدين
لاسقاط الاجل فلم يجز كالثمن والاجرة والصداق ولان هذا يشبه ربا
الجاهلية وهو تاجيل الدين بالزيادة وقياس الاصحاب المسئلة على غيرها من
الديون يقتضي موافقة ابي حنيفة واحمد على المنع فيها ودل كلام الشافعي
السابق على امتناعها في دين الكتابة وغيره بالشرط وقال المزني قد قال في هذا
الموضع اذا وضع ويعجل لا يجوز واجازه في الدين ولا يجوز عندي ان يضع
عنه على ان يتعجل انتهى واستشكل الاصحاب هذا الكلام من المزني قال الجوري
قال اصحابنا هذا غلط انما اجازه بلا شرط اما بالشرط فلم يختلف قوله انه باطل
وكذا قاله الاصحاب وقال ابن الرفعة جمهور اصحابنا بل كلهم ردوا على المزني
وقالوا ليست المسئلة على قولين ونقل القاضي الحسين كلام المزني وقال
هذا يوهم ان في المسئلة قولين وليس كذلك بل على اختلاف حالين وقال الامام
نقل المزني في هذا تردد نص وجعل المسئلة على قولين في ان الابرا هل يصح
على هذا الوجه وغلطه المحققون وذهب الاكثرون الى حمل كلام الشافعي
فذكر كلام الامام الى آخره ثم قال وما حكاه الامام من الطريقين عن المحققين
والاكثرين في غاية الاشكال فانه يوهم اثبات خلاف وليس كذلك بل يجب حمل
كلامه على ان المحققين غلطوه في النقل والاكثرين سلموا النقل وقالوا محله
اذا كان بغير شرط وهولا ايضا مغلطون له ثانيا في التخريج الى هذه المسئلة وهو
اولى بان يسموا محققين فانهم عرفوا محل النقل وحققوه وغلطوا التخريج منه
واما تغليط المزني في النقل بغير هذا التاويل فلا وجه له لانه يفيد فيما
ينقل ولا يفيد ما قد رفا الطريقان متفقان على التغليط وعدم اثبات قولين
لا في حالة الاشتراط ولا في حالة عدم الاشتراط بل جاريون بالحكمين على اختلاف
الحالين كما قاله غير الامام واطال الكلام مع الامام في تحرير النقل فان الغزالي

في البسيط فذكر كلامه وبين له نقل المزني كما سبق وان جرى على هذا
التنزيل في الوسيط والوجيز قال وهو شيء انفرد به نقله لا انقلاوبين تنزيل
القولين على ذلك بعيد لما سيأتي واما الفقه الذي ذكره فينبغي ان لا ننازع
في ذلك اذا جرى ابرا صحيح ولكن متى يكون ذلك وليس في كلامه تعرض له فيقال
ان جرى الامر كما صورناه في صدر المسئلة فهو فاسد ولا يأتي فيه كلام الغزالي
وان تأخر وجرى ابرا مبتدا فينبغي ان يقال ان اعتقد السيد فساد
الشرط فهو صحيح قطعا وان ظن صحته واتى به على انه وفا بالشرط فيصح
على الاصح كما لو رهن بنا على ظن وجوبه فانه يصح على الاصح عند النووي
وهو الصواب وحيث قلنا ان الابرا لا يصح اما قطعا واما على الاصح فيأتي
ما قاله الغزالي من انه رضي رضى جديدا اكتفا بالاسدا قطعا وان لم يجدد
رضى فهل يكتفى بالرضى السابق اصح الاحتمالين عند الاكتفا وتنزل منقول
المزني عليه وتنزل النص على الاحتمال الآخر ولكن النص وكلام الاصحاب
سواء عن هذا التنزيل فيلخص من هذا ان الغزالي ايضا لم يذكر خلافا في صحة
الابرا بل اقتضى كلامه انه قد يوجد ابرا صحيح اما كونه الواقع في ضمن العقد او
مبتدا فلم يبينه ومقتضى كلامه هنا يشير الى انه لو لم يجد ابرا الا بكل استدامة القبض
الا باذن جديد وهو كذلك لفساد القبض والرافعي رحمه الله تعالى قال انه
اذا انشأ رضى جديدا فقبضه عما عليه يحكم بصحته كما لو اذن للمشتري في ان
يقبض ما في يده عن جهة الشرى او للمرتهن في قبضه عن الرهن وما ذكره من
الحكم صحيح وقياسه على الشرى يوهم انه لو لم ياذن فيه لا يصح وهو وجه في
الحاوي والصحيح خلافه وهو المذكور في التتمة ولنرجع الى غرضنا قال الرافعي
رحمه الله ولو عجل قبل المحل على ان يبريه عن الباقي فاخذه وابراه لم يصح
القبض ولا الابرا خلافا لابي حنيفة واحمد ولو قال السيد ابراتك عن
كذا بشرط ان تعجل الباقي او اذا عجلت كذا فقد ابراتك عن الباقي فعجل لم يصح
القبض ولا الابرا ايضا واذا لم يصحا لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ
هذا ظاهر المذهب واشار المزني الى تردد قوله في صحة القبض والابرا

ولم يسلم جمهور الاصحاب اختلاف القول في المسئلة وحملوا النصين على ما اذا
لم يجر شرط واسدا ابدوره صاحب الكتاب تردد القول الى انه اذا عجل بشرط
الابرا ووفا السيد هل يعطي القبض صحيحا انتهى وليس في كلامه رضي الله عنه
اشكال الا اطلاقه الابرا وكان ينبغي ان يبين صورة المسئلة وان الابرا
صدر جوابا فان هذا الاطلاق اوهم ان الابرا اذا تأخر عن التعجيل المشروط
فيه الابرا او وقع مستقلا لا يصح والنووي في الروضة وافق الرافعي حرفا بحرف وفي
كلام الرافعي بين امرين وهو ان النص ومنقول المزني انما هو اذا عجل بشرط وظاهر
كلام الرافعي انه في ذلك وفيما اذا علق البراءة بالتعجيل او شرطه فيها والحامل
له على ذلك ان الاصحاب جمعوا بين المسائل الثلاث والحكم فيها واحد فاذا نقل
النص في واحد فليس حكمها في الاخرى فهذا التصرف والمنقول التصريح انما هو
في الاولى وهي التي قدمتها في كلامه وقد تبين بهذا انه لم يحك احد من الاصحاب
بعد المزني في المسئلة طريقين ولا قولين ولا وجهين وان كلهم جازمون بانه
يبطل مع الشرط جزما ويصح بلا شرط جزما وفي ذلك اتفاق على رد ما قاله المزني
في التصريح اذا اخذ على ظاهره الآن نتأول على ما قاله الغزالي وليس فيه
اثبات خلاف ايضا في الابرا كما بيناه وقد يعتذر بقول الرافعي والنووي هذا
هو المذهب بان في المسئلة طريقين وهذا ليس بلازم بل مراده بالمذهب المنصوص
الذي جرى عليه الاصحاب وخالف المزني فيه بحكايته وان كان بحكاه مردودا
ويحتمل ان يسلم ان في المسئلة طريقين ونقول ان المراد بالطريق الثاني ما قاله
الغزالي من صحة القبض عند الابرا الصحيح لكن هذا نفسه ان تكون هذه الطريقة
هي الصحيحة لما سبق وليس كذلك ولله در البغوي حيث لم يحك كلام المزني
واستراح من هذا الصداع ثم قال وحاول شيخنا ابن الرفعة اثبات ما قاله
المزني من جهة صحة تعليق الابرا في القديم وقد تقدم جوابه وحقيقة تعليق الابرا
عن حقيقة المعاوضة والصلح والاصحاب انما تكلموا في ذلك انتهى
قال ولا يصح بيع النجوم لانه بيع ما لم يقبض ولانه مع الدين لغير من عليه
ولان النجوم غير مستقر واذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع ما لم يلزم

الملك فيه اول بالمنع هذا هو المذهب المشهور والمنصوص في الام والمختصر
وعامة كتبه كما نقله المحاملي في المجموع قال وليس له نص بالجواز انتهى وعن القديم
تجويزه وانه رجع عنه في الجديد ومنهم من اخذ من القولين في بيع سائر
الديون ورد بان ذلك في الديون المستقرة ومنهم من اخذ من تجويزه بيع
المكاتب في القديم وزيفوه وقال البغوي في التعليق نص على المنع في عامة
كتبه واومى في القديم الى الجواز وقال الماوردي جعله بعضهم قولا له وجعله
بعضهم حكاية عن مالك **قال** ولا الاعتياض عنها اعلم ان
هذا وجه ضعيف رجحه الرافعي هنا فقال تبعا الى نقل الامام عن الائمة
ان جوزنا بيع النجوم جاز الاعتياض عنها والا فقي الاستبدال وجهان
قال الامام وسببه لترتيب ان المبيع مقصود بالملك وما يستبدل عنه فالمقصود
عوضه وسقوط المستبدل عنه ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة
بلا خلاف واختلف القول في بيعها والاظهر منع الاستبدال ايضا وهو المذكور
في التهذيب **قلت** وقضية كلام المحرر والترجيح والروضة والمنهاج
وغيرها في كتاب الشفعة الجزم بجواز الاعتياض عن النجوم وهو المذهب الصحيح
المنصوص في الام قال في الام هنا ولو حلت النجوم كلها وهي دنانير فاراد ان
ياخذ منه دنانير او عرضا بتراضيهما وقبضه السيد قبل ان يتفرقا كان جائزا
وكان حرا اذا اقبضه على ان المكاتب بري مما عليه كما اذا كانت له على رجل دنانير
حالة فاخذ بها منه عرضا او دراهم بتراضيهما وقبض قبل ان يتفرقا جاز وعتق
المكاتب ولم يتراجعا بشي هذا نصه في باب اخر من الام وان كانت عليه دنانير
لم يجبر على اخذ دراهم وان كانت على عرض لم يجبر على اخذ دراهم فاقتضى انهما لو
تراضيا جاز وايضا فالصحيح المنصوص في الام جواز الحوالة بها من المكاتب وقضيته
كلام المحاملي والماوردي وابن الصباغ والدارمي وغيرهم من العراقيين جواز
الاستبدال عنها بل كلامهم مصرح به ولا تردد عندهم فيه فيما اعلمه وممن جزم بالجواز
من المراوزة صاحب الترغيب وبالجملة فهذا وجه شاذ لبعض المراوزة فلا المحرر
فيه التهذيب كعادته وقضية كلام الوسيط والبسيط في الكلام على دليل

الصفة الجزم بالصحة ولفظ الوسيط والعتق يحصل بالابراء والاعتياض
تغليبا لحكم المعاوضة لكن في الكتابة الصحيحة واقتضاه كلامه في الشفعة
ايضا نقيض ذلك واستدل البغوي في تعليقه على منع صحة بيع النجوم بانه لا يجوز
الاعتياض عنها وليس كما قاله رحمه الله ○ اذا امتنعنا بيع فلو باع وادى الى
المشتري لم يعتق في الاظهر ويطالب السيد المكاتب اي بالنجوم المبيعة
او المكاتب المشتري بما اخذ منه اذا امتنعنا بيع النجوم فباع لم يجز للمكاتب تسليمها
الى المشتري ولا له مطالبته بها ولا يعتق بدفعها الى السيد وهل يعتق بتسليمها
الى المشتري قال في المختصر يحصل وعن الام منعه وفيهما طريقان اظهرهما عند
الراكبين وبه قال ابن سريج فيه قولان احدهما يحصل لان السيد سلطه
على القبض فاشبه الوكيل وبهذا اجاب الجويني في مختصره والغزالي
في خلاصته واظهرهما المنع لانه يقبض لنفسه ولو تلف في يده ضمنه بخلاف وحمل
ابو اسحق النصين على حالين فان كان قال بع السع خذها منه او قال للمكاتب
ادفعها اليه جاز وكيلا وحصل العتق بقبضه وان اقتصر على البيع فلا فانه
فاسد فلا يغير بما يتضمنه ويقال ان ابا اسحق عرض هذا الفرق على ابن سريج فلم
يعبأ به وقال انه وان صرح بالاذن فانما ياذن بحكم المعاوضة لا انه يبيعه
هذا حاصل كلام الرافعي وصحح البغوي في التعليق الطريق الثاني وقال ان
ظاهر النص يدل عليه لانه توكيل مبتدا وهذا الطريق حكاه الماوردي
عن ابي اسحق وابن ابي هريرة وهو المختار وعليه ينطبق قول الشافعي
في الام في باب بيع كتابة المكاتب ولا يجوز بيع كتابة المكاتب بدين ولا نقد
ولا بحال من الحال لانها ليست بمضمونة على المكاتب ومتى شاء عجز فان بيعت
فالبيع باطل وان ادى المكاتب الى المشتري كتابته بامر السيد عتق كما يؤدي
الى وكيله فيعتق لان المكاتب بري منها بامر السيد فمتى بري منها فهو حر انتهى لفظه
وهذا ما في المختصر نعم قال قبل هذا في باب بيع المكاتب ورقبته ولو كانت
لرجل على مكاتبه نجوم ولم تحل فباعه من اجنبي فقبضها الاجنبي منه لم يعتق المكاتب
لان هذا ياخذ لنفسه دون السيد انتهى والظاهر ان هذا النص في بيع رقبته

او بيع رقبته ونحوه وان المشتري قبض النجوم لنفسه لا بامر من السيد
وتاويل هذا النص ظاهر وقد يطابق نص المختصر والام على انه اذا
باعه النجوم وامر السيد بدفعها الى المشتري انه يعتق ويتراجع السيد
والمشتري ثم رايت الداركي قال ان ادى الى المشتري فقال في الام
وجعل المزني يعتق كالوكيل وفي الام ايضا لا يعتق قال ابن سريج قولان
وقيل يعتق اذا اذن بالدفع ولا يعتق اذا اطلق فان كان ادى باذنه
فالمطالبة بين السيد والمشتري وان كان بغير اذنه فبين العبد والمشتري
انتهى وارسل جماعة غير الماوردي الطريقين بلا ترجيح وكلامهم ظاهر في ان
الصورة فيما اذا قبض بامره جاهلا بفساد الشراء اما لو علم ثم قبض صح قبضه
للبائع وعتق العبد قطعا ثم قال الرافعي وغيره فان قلنا يعتق فما اخذه
المشتري يدفعه الى السيد لانا جعلناه كالوكيل له وان قلنا لا يعتق فالسيد
يطالب المكاتب والمكاتب يسترد ما دفع الى المشتري انتهى وتامل هذا الموضع
مع ما قدمناه في البيوع انه لو كان لبكر على زيد طعام ولعمرو على بكر مثله فقال
بكر لعمرو اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل فالقبض لعمرو فاسد قطعا ولكن
يحصل القبض لبكر في الاصح ويبرا زيد من دين بكر انتهى وههنا شي اخر يتعلق
بالمسلة من اصلها وربما يظهر منه رجحان اختيارنا لطريقة ابي اسحق وابن
ابي هريرة وهو انه قال في اصل الروضة في باب المناهي اذا باع عبدا بالف
بشرط ان يبيعه داره او يشتري منه داره او بشرط ان يقرضه عشرة فالعقد
الاول باطل فاذا اما البيع الثاني نظر ان كانا يعلمان بطلان الاول صح
والا فلا لانهما اتيا به على حكم الشرط الفاسد كذا قطع به صاحب التهذيب وغيره
والقياس صحته وبه قطع الامام وحكاه عن شيخه في كتاب الرهن انتهى قال
من تكلم على المسلة في اخرها اثر ما سبق عنه رحمه الله فان قلت قال البغوي
وغيره في صورة كذا وكذا ان كانا عالمين ببطلان الاول صح والا فلا لانه
يبيعه على حكم الشرط الفاسد وهذا يخالف ما قلتموه هنا من انه اذا ابرا
مستقلا ظانا صحة الشرط يصح قلت المختار في تلك المسلة الصحة ايضا وبه

قطع

قطع الامام وقال الرافعي انه القياس على انه يمكن حمل كلام البغوي
على ما اذا باع مجيبا لا مستقلا كما صورناه في الكتابة ويرشد الى هذا انه
ذكر في تفسير نهيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة وانما يكون
كذلك اذا اورد العقد في صورة عقد واحد اما اذا اورد منفصلا عنه
عنه فلا الممكن سابقه على ان في كلامه ما يرد هذا الحمل واعلم ان مسلة
بيعتين في بيعة تكلم الشافعي والاصحاب فيها مفسرين للحديث بتفسيرين
هذا احدهما ويقول بعتك داري هذه بالف على ان تبيعني عبدك هذا
بالف اذا وجبت لك داري وجبت لي عندك فهذا بيع باطل في العقدين
هذه عبارة الماوردي عن الشافعي رحمهما ونصوصه وهو طبق هذا التصوير
الذي ذكرناه في المكاتب وعبارة البغوي التفسير الثاني ان يقول بعتك
هذا العبد بالف على ان تبيعني دارك او تشتري مني داري لا يصح لانه جعل
الالف والرفق بالعقد الثاني ثمنا فاذا بطل الشرط بطل بعض الثمن وبقي
الباقي مجهولا اما البيع الثاني ان كانا عالمين ببطلان الاول صح والا فلا
يصح لانه يبيعه على حكم الشرط الفاسد هذه عبارته ويمكن حملها على ما قلناه
والامام قال في باب بيعتين في بيعة قول الشافعي في تفسيره البيع باطل يعني
البيع الذي شرط فيه البيع وهذا خارج على قياس الشرائط الفاسدة اما البيع
الثاني ان اتفق جريانه حلما عن شرط فهو صحيح وقوله ان الشافعي يعني البيع
الاول ممنوع وانما اراد العقدين جميعا كما قاله الماوردي ويحمل على ما صورناه
وبذلك يسمى بيعتين في بيعة اما اذا وجد البيع الثاني منقطعا عن الاول فلا
يسمى بيعتين في بيعة ويكون فساد الاول بالشرط الفاسد لا بدخوله تحت
مورد النص ولو كان البيع الثاني المنقطع عن الاول مع الاول داخلين
تحت مورد النص لفسد الثاني وان علما فساد الاول ولا قائل به نعم اذا ادخل
به في ضمن عقد واحد فسد اجميعا سواء علما فساد الاول او جهلا فافهم
هذا فانه كلام نفيس وفرق بين الكلام على مورد النص وبين الكلام على
حكم المسلة في الجملة وبذلك يفهم محل كلام الشافعي والاصحاب وكلام الامام

ويشكل لك اشكال كلام البغوي فانه ان حمل على ما اذا اصدر السمان
على صورة بيعه واحلة كان ينبغي ان نفسد قطعا علما او جهلا وهو قطع بالصحة
اذا علما فساد الاول والاقرب انه انما اراد اصدر مبتدا ولكن كلام الامام
اصح منه واما قول الامام ان اتفق جريانه جلبا عن شرط فهو صحيح وحيد
وانما يكون كذلك اذا اصدر مستقلا من غير ان يكون في ضمن العقد الاول
وحينئذ يكون كمسلة الرهن ولهذا اعاد الامام المسلة في الرهن
وحكم بالصحة فيها تبعا للشيخ من غير ان يبينها تبيين في بيعه وحاصله
ان صدور البيع الثاني على الصورة التي ذكرناها لم يتكلم فيه الامام وهو مراد
الشافعي والاصحاب بل اعاد الامام مسلة اخرى ليس في كلامهم نعم القاضي
الحسين صرح بانه اذا شرط رهنا وكان الشرط فاسدا واتى بالرهن على اعتقاد
وجوب الوفا بان الرهن لا يصح كمن ادى الى انسان الفا على ظن ان له عليه
دين ثم بين انه لم يكن عليه دين فلا اداء غير معتد به والمودى يسترد قال
الامام وما ذكره غير صحيح والحق الامام في ذلك وكيف يصح ما قاله القاضي وجميع
العقود والتصرفات انما ينظر فيها الى مدلولها ولا اعتبار بظن العاقد واذا
كنا نصحح بيع ما يظنه لغيره فيتبين لنفسه مع ظنه الفساد فلان نصحح هذا مع اعتقاد
الصحة اولى وغايته ما في الباب انه ظن وجوبه عليه فلا يعذر فيه لانه
مفرط وليس لصورة استشهاده اذ ليس هناك الا مجرد الدفع وهو لا يملك الا
بشرط ان يكون عن دين وهنا لفظ يملك ولو اعتق ظانا وجوبه عن كفارة ونحوها
او طلق ظانا وجوبه عن امر بسبب ايلا ونحوه او وهب ظانا وجوبها بسبب من
الاسباب وبعد كل البعد ان يقال لا تصح هذه التصرفات والتوقف في ذلك لا
معنى له ثم قال وذكر الرافعي رحمه الله تعالى انه لو اقاله في بعض المسلم فيه
على ان يعجل الباقي او عجل بعضه ليعجله في الباقي فهي فاسدة وهذا يجب حمله
على ما صورناه في المكاتب وان يكون المراد اذا اصدر بالاقالة او التعجيل على نعت
عقود المعاوضة فلو تاخرت الاقالة وابتداها فلا بد من التفصيل بين علمه
بفساد الشرط اولا لانه ان علم صحت والا فكذلك في الاصح على قياس ما قلناه

في البيع والرهن والا بد اوله سبحانه وتعالى اعلم انتهى **قال**
المصنف رحمه الله ولا يصح بيع رقبته في الجديد **اي** وسائر كتبه
كما قاله الماوردي لان الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب والارش
الجناية فيمنع البيع كما لو باع عبدا لا يجوز له بيعه لغيره ولان البيع اما ان
يرفع الكتابة وهو باطل لان الكتابة لازمة من جهة السيد او لا يرفع فيستحق
مستحق المنافع فوجب ان لا يصح بيعه كالمستولدة قال الرافعي وغيره والقديم
الجواز وقال الماوردي قال مالك يجوز بيعه ويكون ولاؤه ان عتق للمشتري
وحكاه ابو ثور عن الشافعي في القديم ثم قال وقال الشافعي في الجديد وسائر
كتبه ان بيعه لا يجوز وبه قال ابو حنيفة وقال الزهري وربيعة يجوز بيع المكاتب
باذنه ولا يجوز بيعه بغير اذنه انتهى واحتج للقديم بامور منها قصة بريرة
الثابتة في الصحيحين وغيرهما ومنها ان المكاتب للعبد في عامة احكامه
فوجب ان يكون كالعبد في جواز بيعه ولان الكتابة عتق بصفة وذلك لا يمنع
البيع كقوله ان دخلت الدار فانت حر قال الماوردي والدليل على منع بيعه
ما ذكرناه من المعاني في فساد بيع نجومه ولان السيد قد عاوض على رقبته بكتابته
حتى زال ملكه عن ارش الجناية عليه فوجب ان يكون ممنوعا من بيعه كالعبد
المبيع ولان البيع ان توجه الى نجوم الكتابة فقد ابطلناه لان ملك السيد
عليها غير مستقر وان توجه الى الرقبة اقتضى ان يكون النجوم للسيد البائع
لخروجها من البيع وان توجه اليهما لم يجز لان مال العبد مملوك وهو لا يدخل
في البيع وما افضى الى هذا وجب ان يكون باطلا ولان بيعه لو صح لم يجز ان
يعتق على مشتريه لان صفة عتقه منعقدة على مالكه ولا على بايعه لزوال
ملكه دون ثبوت عتقه بالاداء دليل على فساد بيعه المنافي لحكمه ولان عتقه اذا انعقد
بعد بيعه يفضي الى سقوط الولاء المستحقه لانه لا يجوز ان يكون للبايع لزوال
ملكه ولا للمشتري لانه لم يعقد سبب عتقه وما افضى الى هذا فهو باطل ولان
عقد الكتابة يمنع من استقرار الملك على الرقبة لانه مفض الى العتق في عقد
البيع يوجب استقرار ملك المشتري على المبيع فساق اجتماعهما والكتابة لا يبطل

بالبيع فوجب ان يبطل البيع بالكتابة واما الجواب عن حديث بريرة
فهو ان الكتابة غير لازمة من جهة المكاتب وان كانت لازمة من جهة
السيد فصار مساومة بريرة لمواليها في ابتياع نفسها فسخا منها كما لو باع
بشرط الخيار ثم باع ما باعه كان بيعه الثاني فسخا للاول كذلك ها هنا بريرة
في نفسها وابتياعها فسخا وبيعها بعد فسخ الكتابة جائز الا ترى ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر عائشة بعتقها ولو بقيت الكتابة لعتقت بها وقولهم ان المكاتب
في عامة احواله كالعبد فليس منكرا ان يكون كذلك ولا يجوز بيعه كام الولد
ولانه قد خالف العبد في كثير من احواله وان وافقه في شيء منها واما المعتق
بصفة مخالف للمكاتب لانه يعني السيد يملك اكسابه وارش الجناية عليه فخالف
المكاتب في جواز البيع انتهى كلام الحاوي وانما سقته لغرضها في **تنبيهات**
وفروع منها حكى الماوردي جواز بيع المكاتب عن مالك كما تقدم
وهو عكس ما حكاه الرافعي وغيره عنه وهو الجيد قال ابن عبد البر في نقله
مذاهب الناس في جواز بيعه وقال اخرون اذا رضي المكاتب ببيعه جاز وتنفسخ
بيعه وهو قول ابي الزناد وربيعة والشافعي ومالك الا انه اختلف قوله
في كسبه يعني المكاتب ولا ارى بيع رقبة المكاتب الا بعد العجز واما الشافعي
فقال اذا رضي المكاتب بالبيع فهو منه رضى بالعجز وتعجيز لنفسه ولا سبيل الا
ترى ان بريرة رضيت ان تباع وهي كانت المساومة نفسها والمختلفة بين ساداتها
وعائشة حين اشترتها انتهى وقال الشافعي في الام ولا يجوز لرجل ان يبيع
مكاتبه ولا امته حتى يعجز فان باعه قبل ان يعجز المكاتب او يعجز العجز
فالبيع باطل ولو اعتقه الذي اشتراه كان العتق باطلا لانه اعتق ما لا يملك
وكذلك لو باعه قبل ان يعجز او يرضى بالعجز ثم رضي بعد البيع بالعجز كان
البيع مفسوخا حتى يحدث له بيعا بعد رضاه بالعجز انتهى **ومنها**
قال الرافعي ومن قال بالجديد قال ان بريرة عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة
رضي الله عنها وفي جمع الجوامع للقاضي الروياني ان من الاصحاب من قطع بالمنع
وانكر القول الاخر واعلم ان قضية كلام الرافعي والمصنف ان رضي المكاتب

بيعه

بيعه ليس مسوغا لبيعه اذا لم يعجز نفسه وعليه ينطبق قول الجرجاني
في الشافي ولا يجوز بيعه في اصح القولين سواء رضي المكاتب او لم يرض كما لو
باعه انتهى وهو ما يفهمه سياق ابن المنذر حيث قال اجمع كل من يحفظ عنه
من اهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على ان يبطل كتابته ببيعه اذا كان
ماضيا فيها مؤديا لما يجب عليه من نجومه في اوقاتها واختلفوا في بيع المكاتب
على ان يمضي في كتابته على الشروط التي شرطها سيده الذي كاتبه ثم حكى الجواز
عن طائفة ثم قال وفيه قول ثان وهو انه لا يجوز بيعه الا برضى منه هذا قول
الزهري وربيعة وابي الزناد وفيه قول ثالث وهو ان بيعه غير جائز هذا
قول اصحاب الراي واختلف قول الشافعي في هذه المسئلة فكان يقول بالعراق
بيعه جائز وقال بمصر لا يجوز وهذا من ابن المنذر ظاهر في ان الشافعي لا يجوز بيعه
برضاه كما قاله ربيعة وابو الزناد كما يفهمه كلام الشيخين وغيرهما وسبق نقل
ابن عبد البر لمذهب ربيعة وابي الزناد عن الشافعي ونقله كلام الشافعي
بعد ذلك وعليه دل كلامه في الام كما ذكرناه وسبق كلام الماوردي في ذلك
وحكى ابن الرفعة عن القاضي الحسين ان رضاه بالبيع يكون فسخا للكتابة
ولم يحك عن غيره وكانه ظنه غريبا والله اعلم ويجوز ان يجمع بين الكلامين بان
من اقتضى كلامه المنع من غير تعجيز اراد به ما اذا رضي به مكاتبا بعد البيع
ومن جعل رضاه تعجيزا اراد بالبيع رضا وقطع اثر الكتابة بالكلية **ومنها**
قال ابن المنذر بعد حكاية مذاهب الناس في المسئلة قال ابو بكر بيعت بريرة
بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة ولو كان بيع المكاتب غير جائز لنهى عنه ففي
ذلك ابين البيان على ان بيعه جائز ولا اعلم خبرا يعارضه ولا اعلم في شيء
من الاخبار دلالة على عجزها كان وقال الاوزاعي يكره بيعه قبل عجزه للخدمة
ولا بأس ان يباع للعتق انتهى وابن المنذر معذور **ومنها** بنى القاضي
الحسين ومن تبعه القولين في صحة بيعه على ان المغلب في الكتابة حكم الصفة
او المعاوضة فان قلنا بالاول جوزنا او بالثاني منعنا **ومنها** قال
في الام واذا باع سيد المكاتب قبل يعجز او يرضى بالعجز واخذ السيد مالا له

نسخ البيع ورد على المكاتب ماله الا ان يكون حل نجم من نجومه فاخذ ما
حل له منه وكذلك لو باعه وماله من رجل نزع مال المكاتب من يد المشتري
وكان على كتابته فان فات في يد المشتري رجع به المكاتب على السيد في حاله (الماصح)
ان لم تكن حلت عليه الكتابة او بعضها كان قصاصا وكان على الكتابة وان
لم يعتق ضمن المكاتب انهما شا ان شا الذي استهلك ماله وان شا سيده
قال فلو باع اي السيد رقبة المكاتب فادى الى المشتري ففي
عتقه القولان اي السابقان فيما اذا باع نجومه فادى الى مشتريها قلت
كذا قاله البغوي وغيره وحكى على طريقة ابي اسحق وابن ابي هريرة انه لا يعتق
قولا واحدا واحسب ان في الام ما يعضده لان هناك يحصل الاستيفا في قبض
النجوم وهنا بعد ذلك قال وهبته كبيعه اي لوفاق النصوص
والاصحاب فيما تقدم من الخلاف سوا قلنا تقتضي الثواب او لا شرطه
ام لا هذا قضية اطلاقهم واما الوصية برقبته مع صحة الكتابة فقد اطلقوا القول
بفسادها حتى لو عجز او ادى المال لم يحصل للموصى له شي وحكى وجه انه لو اوصى
بعبد غيره صحت وقضيته انه لو عجز المكاتب قبل موت الموصي ان يصح الوصية
ويدفع الى الموصى له كما لو ملك عبد الغير الذي اوصى به نعم يجوز ان يقول اوصيت
له برقبته المكاتب اذا عجز نص عليه في الام وجزم القاضي الحسين بالمنع في هذه
الصورة وحكى الامام وغيره فيها الوجهين كما لو قال اوصيت بهذا العبد لفلان
ان ملكته يوما وحكى الامام وجها ثالثا ان الوصية تصح بالمكاتب دون عبد
الغير اذا ملكه قال وليس له بيع ما في يد المكاتب واعتاق عبده وتزويج
امته اي ونحو ذلك من التصرفات لانه معه كالاجنبي قال ولو (لم)
قال لرجل اعتق مكاتبك على كذا ففعل عتق ولزمه ما التزم كما لو قال اعتق
مستولدتك على كذا وهو بمنزلة فدا الاسير اما لو قال اعتقه عني على كذا او مجانا
لم يعتق عن السايل وهل يعتق عن المعتق وجهان وسبقت المسالة في الكفارات
قال فصل الكتابة اي الصحيحة لازمة من جهة
السيد ليس له فسخها لانها لحظ المكاتب لا لحظ السيد فكان السيد فيها كالراهن

قال

قال الا ان يعجز عن الادا اي عند المحل ولو بعض
النجم سوا الاول وغيره كما يفسخ البايع بعجز المشتري عن الثمن
ويستثنى ما لو عجز عما يجب ايتاؤه كما سبق لم يبق الا ذلك القدر (اما لو)
فليس له تعجيزه لان له عليه مثله فان اتفقا على شي والا رفع المكاتب
الامر الى القاضي ليفصل بينهما ولو لم يعجز ولكنه امتنع من الادا فللسيد
الفسخ ايضا قال الماوردي واذا عجز احتاج الفسخ الى شرطين احدهما ان
يقول المكاتب قد عجزت ويقول السيد قد فسخت كتابتك ويستحب ان يشهد
بالفسخ استظهارا وان لم يجب ويجوز الفسخ وان لم يحضر الحاكم اعتبارا بالفسخ
بالعيب الاتفاق على حكمه دون الفسخ بالعكس للاختلاف فيه وفي التهذيب
وغيره وجرى عليه الرافعي انه لا يرتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه انما يرتفع
اذا فسخها بعد التعجيز وقال الشافعي في الام متى قال المكاتب قد عجزت
او ابطلت الكتابة فذاك اليه واذا قال سيده لا ارضى بعجزه قبل ذلك اليه
دونك فهو لك مملوك يخدمك حيث كان واستخدمه واجره وكذلك لو كان
عبدان او عبيد في كتابة واحدة فعجز احدهم نفسه او رضي بترك الكتابة خرج
منها ورفعت عمن معه في الكتابة حصته كما ترفع لو مات او اعتقه سيده
وسوا عجز نفسه عند حلول النجم او قبله ومتى عجز نفسه فهو عاجز انتهى ٥ قال
وجايزة للمكاتب اي لانها عقدت لحظه فاشبه المرتهن فله ترك الادا وان
كان معه وفا لما ذكرناه ولان الكتابة تتضمن التعليق بالصفة والعبد
لا يجب عليه الصفة هذا هو المنصوص المعروف وقيل ليس له الامتناع عند القدرة
ويقرب من وجه سبق انه اذا علق عتقه على مشيته انه يجب عليه ان شا وهذا
وما قبله وان كانا شاذين فقد يتعين القول بهما في بعض الصور عند
التفطن وقد يفرق بين ما لو كاتب الكافر عبده المسلم او اسلم مكاتبه وبين
مكاتب المسلم لان في تعجيزه الاول نفسه اعادة لملك الكافر عليه فلا يجوز مع القدرة
على الادا كما لا يجوز بيع العبد المسلم منه ابتدا وذكروا انه لو اشترى ثوبا بعبد
المسلم ثم علم به عيبا فهل له رده واسترداد العبد فيه وجهان قال

واذا عجز نفسه فللسيد الصبر والفسخ بنفسه وان شا بالحاكم لانه فسخ
مجمع عليه لا اجتهاد فيه فصار بمنزلة خيار المعتقة قاله في الشامل والمشهور
عن مالك انه لا يعجزه سيده الا عند السلطان او القاضي وهو قول ابن
ابي ليلي وسحنون وابن القاسم قاله ابن عبد البر ثم اذا فسخ بالحاكم فلا بد
من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده وغيرهما مما سياتي والخبر في هذا الفسخ
علي التراخي فلو امهل ثم له الفسخ عند حضور المكاتب جاز كما ذكره الشيخ
وفيه شي ما ياتي واما عند غيبته فسنذكره **واعلم** ان مقتضي كلام الشيخين
ان للسيد ان يستبد بالفسخ اذا عجز المكاتب نفسه مع القدرة علي الاداء ولا
يحتاج فيه الي الحاكم كما لو كان عاجزا وخصص الماوردي الاستبداد بالفسخ
بحالة العجز وقال فيما اذا امتنع مع القدرة انه ليس للسيد ان ينفرد بالفسخ الا بحكم
حاكم لموضع الخلاف فيه كما انه ليس للبايع ان يرجع بعين ماله عند فلس المشتري
الا بحكم الحاكم لاجل الخلاف فيه انتهي واشار بالخلاف ههنا الي قول ابي حنيفة
ومالك انه اذا كان في يده وفا بالنجوم لم يكن له تعجيز نفسه بل يجبر علي الاداء ولما
ذكره من الاحتياج في هذا القسم الي الحاكم شواهد مذهبية وفي حلية الشاشي
واذا عجز المكاتب عن الاداء فهل يفتقر الفسخ علي الحاكم فيه وجهان احدهما انه لا
يحتاج الي الحاكم والثاني يفتقر الي حكمه **قال** وللمكاتب الفسخ في الاصح
اي كما ان للمرتهن ان يفسخ الرهن والثاني لا اذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة
هكذا ذكر الرافعي المسئلة حكما وتوجيها وقال الامام الكتابة جائزة من جهة
المكاتب مهما اراد فسخها سوا كان قادرا علي اداء النجوم او لا وذكر العراقيون
طريقة تخالف طريقة المراوزة فقالوا ليس للمكاتب فسخ الكتابة ولكن له
الامتناع عن اداء النجوم مع القدرة ثم اذا امتنع فللسيد الفسخ اذا لم يصل له
الي النجوم وهذا كررو مرارا وصرحوا به وهو بعيد فان الامتناع عن اداء النجوم
انه لا يملك الفسخ كيف يجوز وما ذكروه علي الحقيقة عكس الصواب فانهم الزموا
الكتابة في جانبه وجوزوا له ان لا يفي بها وهذا كلام متناقض والذي به العمل
والقول ان المكاتب يفسخ الكتابة متي شا وما ذكروه يداني مذهب ابي حنيفة

انتهي

انتهي وفي التفصي من تغليط العراقيين شي ونصوص الام ظاهرة
في ان ولاية الفسخ بعد العجز او عند الامتناع من الاداء للسيد مع التصريح
بان له الاعراض عن الاداء ولم يتحرر لي ذلك وفي تعليق البغوي
ما لفظه الكتابة عقد لازم من جهة السيد حتي لو اراد ان يفسخ فليس له
ذلك وجائز من جهة العبد ولا نعني به متي اراد ان يفسخ له ذلك بل اذا حل
عليه نجم وليس في يده شي للسيد فسخ الكتابة او اذا كان في يده مال وقال
انا لا اؤدي فانه لا يجبر علي الاداء ولكن للسيد ان يفسخ الكتابة انتهي وفسر
في التهذيب الجواز في حال القدرة بان له ان يمتنع من الاداء ويعجز نفسه فيقال
للسيد ان شئت فافسخ العقد وان شئت فاصبر ثم ارسل الوجهين في الكتاب
بلا ترجيح **واعلم** ان الرافعي جزم في اثنا المسئلة الثانية من النظر الثاني بان العبد
لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت او فاسدة وانما يعجز نفسه ثم السيد
يفسخ ان شا هذا لفظه وجعله دليلا نحن فيه لا ادرجه وهذا ما اقتضاه
كلام العراقيين والبغوي فالله اعلم **قال** ولو استمهل المكاتب عند حلول
النجم استحب امهاله اعانة له علي تحصيل العتق ولما في انظار المعسر من حيث هو
من الفضل وعبارة التهذيب ولو سال المكاتب النظر ان لم يكن في يده وفا
عند حلول النجم يستحب له ان ينظره ولا يلزم انتهي **قال** فان امهل
ثم اراد الفسخ فله اذا امهله السيد ثم بدا له ان يرجع ويعجزه فله ذلك ولا يلزمه
الوفا بالانظار كسائر الديون الحالة وفهم شارح عن المصنف ان المريد للفسخ
العبد وليس بصواب وان كان الحكم صحيحا اذا قلنا للعبد ان يفسخ وانما اراد
المصنف ثم اراد السيد الفسخ كما قاله الاصحاب وما في المحرر ملخص من التهذيب
وكلامه نص في ذلك مع وضوحه **تنبيه** لا خفا ان الامهال للتكسب والتحمل
مستحب وان الامهال بقدر ما يخرج المال من الصندوق والدكان والمخزن
ووزن او كيل ونحوهما واجب ويحتمل انه لو قال امهلني لاستدين النجم واحصله
فيما دون الثلاث ان يجب اجابته اذا ظن صدقه وان ثم من يعطيه كما ينظر
لبيع المتاع ويحمل اطلاقهم علي ما اذا لم يقله واستكان للتعجيز فتامله **قال**

وان كان معه عروض امهله اي وجوبا ليبيعها كما يجب امهاله لاحضار
النجم من الحانوت او المنزل او مسافة قريبة لانه واجد لما عليه باذل له اطلق
جماعة وجوب امهاله لبيع العروض وانه لا يلزم الامهال اكثر من ثلاثة ايام
وقال الرافعي اذا حل النجم وهو بعد وللمكاتب عروض فان تأتى بيعها على
الفور فلا يفسخ السيد ويباع فان احتاج البيع الى مدة وحاد وعرض فقضية
ما اطلقه الصيدلاني انه لا يفسخ ايضا وراى الامام جواز الفسخ ونزله منزلة غيبة
المال وهذا اظهر وضبط في التهذيب مدة التأخير بثلاثة ايام وقال لا يلزم اكثر
من ذلك قلت ويؤيد ما اطلقه الصيدلاني قول الشافعي في الام
انه اذا جاء به الى السلطان فسأله نظره مدة يؤدي اليه نجمه او سال ذلك سيده
لم يكن على السيد ولا على السلطان انظاره الا ان يحضر شيئا يبيعه مكانه فينظر
قدر بيعه انتهى وكذا رواه المزني في المختصر وجرى عليه جماعة منهم البغوي في
التعليق والجرجاني في الشافي وعليه ينزل اطلاق الصيدلاني وغيره والذي في
التهذيب من الضبط بثلاثة ايام هو المذكور في الحاوي والشامل والبيان وغيرها
وشرحوا به نص المختصر وهو مقتضى كلام اخرين حيث جعلوه كالمال الغائب في مسافة
قريبة في وجوب الانظار لاحضاره وقال الدارمي ان ادعى مالا حاضرا
او جاء بعرض يبيعه ونحوه انظر يوما ونحوه انتهى وعندي في ثبوت خلاف محقق
للاصحاب وقفة وانما ذلك اختلاف عبارات لشارحي المختصر والله اعلم **فرع**
قال الماوردي والرافعي وغيرهما وان كان له دين حال على مليء اي حاضر
باذل وجب التأخير الى استيفائه لانه كالعين الحاضرة او الوديعة هكذا اطلقوه
ولم يقيدوا ذلك بمدة لكن فحوى كلامهم وتوجيهه يدل على ان المراد اذا تيسر ذلك
فيما دون ثلاثة ايام نعم قد يكون الدين من غير جنس النجوم فاذا امهل ثلاثا
لاستيفائه احتاج الى زمن اخر لبيعه فيه فيظهر ان يضبط الامهال للامرين
بالثلاثة ايام فما دونها بحسب الحاجة ولا بد من كون المليء مقرا او عليه بينة
حاضرة يمكن الاخذ بها والا فقد يكون جاحدا او لا بينة او متعززا لا يمكنه
الاستيفاء منه بالقاضي ولينظر فيما لو كان جاحدا متمكن من رفعه الى الحاكم هل

يقول

يقول يمهله حتى يرفعه الى الحاكم فربما يقر او ينكل فيحلف المكاتب
وياخذ فيه احتمال واطلق الماوردي والرافعي انه لو كان الدين
مؤجلا لا يلزمه انتظار الحلول ولعل المراد ما اذا زاد الاجل على
ثلاثة ايام لو كان قد بقي منه دونها فيحتمل ان يجب امهاله الى الحلول
كالغائب فيما دون مرحلتين ○ وان كان الدين على معسر فكالعدم
او على السيد وهو من جنس النجوم وبصفتها ففيه الخلاف الاتي
في التقاص وان كان من غير جنسها اداه اليه ليصرفه الى جنس النجوم
فلو كان السيد معسرا به فالظاهر انه كما لو كان على اجنبي معسر ولم
ار فيه نصا **قال** وان كان ماله غائبا امهله الى الاحضار
ان كان دون مرحلتين اي فيجب امهاله الى احضاره عند امكانه لانه
كالحاضر والا فلا اي وان كان على مرحلتين فصاعدا لم يجب امهاله
لطول المدة ولينظر فيما لو كان على مرحلتين فقال المكاتب انا احضره او ابعث
من يحضره فيما دون الثلاثة ايام باسراع السير ودوامه ليلا ونهارا اهل
يجاب الظاهر من كلامهم المنع وفيه احتمال عند الامكان والوثوق بقوله
واعلم ان التفصيل المذكور في مال الغائب هو ما اورده الماوردي
وابن الصباغ والعمراني والبغوي والجرجاني وغيرهم واطلق الشافعي
رضي الله عنه في الام انه لو قال لي شيء غائب لم يكن للسلطان ان ينظره
الى قدوم الغائب لانه قد ينظر فيفوت العبد بنفسه ولا يؤدي اليه مالا وجرى
على اطلاقه كثيرون ومنهم الدارمي والامام والغزالي فقالوا لا
يجب الامهال عند غيبة المال قال الرافعي ويحمل على التفصيل **تنبيهان**
احدهما قال الدارمي ولا بد من حضور المكاتب وقت التعجيز
اذا كان حاضرا وهو معنى قوله في المختصر وليس للسيد ان يفسخ كتابته حتى
يعجز عن اداء نجم ويكون فسخه بحضرته ان كان ببلده انتهى وقال في الام فمتى
حل نجم لم يكن للسيد تعجيزه الا بحضرته وكان المعنى فيه انه اذا احضر واعلم
بالحال فقد يسدد او يؤدي ما عليه او يكون له مال كتمه او يسأله بابراء او دفع

فيكون نحجز مع حضوره بالبلد من غير اعلامه كالحكم على الحاضر
بغير اعلامه واحضاره **الثاني** قال الرافعي في اول الفصل
واذا حل النجم وهو عاجز عن ادايه او اداء بعضه فللسيد فسخ الكتابة
ان شا بنفسه وان شا رفع الامر الى الحاكم ليفسخ وفي تعليق الشيخ ابي حامد
انه اذا ثبت عجزه باقرار او بالبينة فللسيد فسخ الكتابة قال الرافعي
ولا ينبغي ان يشترط اقراره بالعجز ولا قيام البينة عليه لانا سنذكر انه
لو امتنع عن الاداء ثبت حق الفسخ للسيد واذا لم يؤد فهو ممتنع وان لم
يكن عاجزا **قلت** واحسب ان ما ذكره الشيخ ابو حامد لا يخالف فيه وانه
معنى قول الشافعي والاصحاب واذا عجز نفسه كان للسيد ان يفسخ الى
اخره ومقتضاه انه لا بد من اقراره بعجزه في صورة التعجيز بالعجز او قيام
بينة به عند تعذر اقراره لحرس او جنون او غيبة او تواريه ليعلم عجزه المجوز
لتعجيزه ولا ينافي اعتبار ذلك ما ذكره من الامتناع عند يساره وما ذكره
ابو حامد من اعتبار الاقرار هو ما قاله الماوردي ان الشرط ان يقول
المكاتب عجزت وكذا قاله غيره فكلام الاصحاب متفق فيما اراه فكلام الاصحاب
متفق فيما اراه ولا شك في اعتبار الاقرار او قيام البينة اذا فسخ بالحاكم وعبارة
الشافعي في الام ومتى حل النجم لم يكن للسيد تعجيزه الا بحضرته فاذا ما حل
عليه قل او كثر فان قال ليس عندي فاشهد انه قد عجزه او ابطل كتابته
او فسخها فقد بطلت انتهى والملخص انه لا بد من احد ثلاثة امور اقراره بالعجز
او قيام بينة به او امتناعه من الاداء **قال** ولو حل النجم وهو غايب
اي او غاب بعد حلوله بغير اذن السيد فللسيد الفسخ اي ان شا بنفسه وان شا
بالحاكم وكان من حق المكاتب ان يحضر او يبعث المال اليه عند المحل ولا يجب
على السيد تاخير الفسخ لكون الطريق مخوفا او المكاتب مريضا وفيه وجه نسب
الى ابي اسحق انه لا يفسخ بنفسه عند الغيبة بل لا بد من الرفع الى القاضي فانه
بانما لغيبة هذا ما نقله الرافعي في شرحه زاد في الكبير وسبق ذكر هذين
الوجهين فيما اذا اسر المكاتب والظاهر الاول وما نسب الى ابي اسحق قال ابن

الرفعة هو ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين وبه
قال البغداديون من اصحابنا **قلت** وممن اقتصر على ايراده المحاملي
في المجموع والمقنع والدارمي والجرجاني والبغوي في تعليقه ونقل الماوردي
المرجح عن البصريين وقال ابن الرفعة انه ظاهر نصه في الام والمختصر
والمذهب في النهاية وقال يعني الامام ان العراقيين صححوه انتهى وهذا
هو الحامل للرافعي مع جزم البغوي في التهذيب به على دعوى انه الظاهر
وفيما نسبه الامام الى العراقيين نظر والموجود في كتبهم مقالة ابي اسحق
ونقله الماوردي عن البغداديين والظاهر انهم اولوا ظاهر النص واذا
تاملت الكتب وجدت الجمهور على قول ابي اسحق ولهذا نقله العمراني عن
اصحابنا مطلقا نعم انما ذكروه فيما اذا حل النجم وهو غايب واما اذا غاب بعد
حلول النجم فلم اره لغير ابن الصباغ وقال في اثنا كلامه بعد هذا على قول ابي اسحق
ولو قال قد انظرته ثم بدا لي الى اخره واما ان كان المكاتب غايبا نظرت
فان كان سافر بغير اذن سيده كان له الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن
له الفسخ وذكر ما ياتي من الرفع الى الحاكم **تنبيهات منها**
قضية اطلاق المصنف وغيره انه متى حل النجم وهو غايب كان الحكم ما ذكره
سوا غاب باذنه او بدون اذنه والمتجه انه اذا غاب قبل حلوله باذنه كان
كما لو غاب بعد حلوله باذنه اذا كانت المسافة بعيدة بحل النجم قبل العود منها كما لو
اساده قبل الحلول بيوم او ايام وهو بالشام في السفر الى الحجاز او خراسان
مثلا فاذن له ثم حل النجم سعين حمل اطلاقهم على ما اذا سافر قبل حلول النجم لا
باذنه او به الى مكان قريب يعود منه في العادة قبل حلول النجم **ومنها**
لم يفرقوا بين فسخ السيد بنفسه او بالحاكم بين كون غيبته في مسافة بعيدة
او قريبة ويجوز ان يكون من بالقريبة كالحاضر فلا يفسخ الا بحضوره او باعلامه
او يقال اذا فسخ بالحاكم ياتي فيه ما سبق في القضا على الغايب من اعتبار المسافة
من الخلاف وان من على مسافة العدوي ودونها كالحاضر ثم رايت ابن
الرفعة قال ولو ان السيد لم يفسخ عند غيبة المكاتب الى مسافة القصر او عند

عجز عن الاداء مطلقا ثم سافر العبد وعن للسيد الفسخ فان كان بغير اذن
السيد فله الفسخ في الحال وان كان عن اذنه وذكر ما سيأتي فقيدا لعسه
لمسافة القصر **ومنها** قال الرافعي فان فسخ بنفسه فليشهد عليه لئلا
يكذبه المكاتب وان رفع الامر الى الحاكم فلا بد ان يثبت عنده حلول النجم وتعذر
التحصيل ويحلفه الحاكم مع ذلك لانه قضاء على الغائب قال الصيدلاني يحلفه
انه ما قبض النجم منه ولا من وكيله ولا ابراه ولا احال به ولا يعلم له مالا حاضرا
قال الرافعي وذكر الحوالة تفريع على جواز الحوالة بالنجوم **قلت** والذي
قاله الشافعي في الام انه اذا جاء السيد الى السلطان فسأله تعجيزه لم
يعجزه حتى يثبت عنده كتابته وحلول نجم من نجومه ويحلفه ما ابراه منه ولا قبضه
منه ولا قابض له ولا انظره به فاذا فعل عجزه له وجعل المكاتب على حجته
ان كانت له حجة وكذا ذكر اصحابنا العراقيون وعبارة الحاوي احلفه انه
ما قبض مال ذلك النجم وانه لباق عليه انتهى وهو احصر واجمع واعلم ان ظاهر
كلام البندنيجي والمحاملي والرافعي وغيرهم ان هذه اليمين واجبة لانه قضاء
على غائب وهو ظاهر نص الام قال الماوردي ان هذه اليمين استظهار عند
اكثر اصحابنا ومنهم من قال انها واجبة في فسخ الحاكم انتهى ويشبه ان ينبني الوجهين
فيها على ان له الاستقلال ام لا ان قلنا له كان مندوبة والا واجبة
ومنها قال الرافعي ولو انظر بعد حلول النجم واذن له في السفر
ثم بدا له في الانظار لم يكن له الفسخ في الحال لان المكاتب غير مقصر ههنا وربما
كسب في السفر ما يفي بالواجب ولكن يرفع السيد الامر الى الحاكم ويقيم البينة
على الحلول والنجم ويحلف ويذكر مع ذلك انه رجع عن الانظار فيكتب الحاكم الى
حاكم بلد المكاتب ليعرفه بالحال فان اظهر العجز كتب به الى حاكم بلد السيد ليفسخ
ان شاء وان قال اؤدي الواجب فان كان للسيد وكيل هناك امر بالتسليم
وان ابي اسحق يثبت حق الفسخ للسيد وللوكيل ايضا ان كان وكيلا به وحكى
القاضي ابن كج قولا آخر انه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم الى الوكيل
لاحتمال العزل وان لم يكن هناك وكيل امره الحاكم بايصاله اليه اما بنفسه او بغيره

ويلزمه

ويلزمه ذلك في اول رفقة تخرج وفي الحال ان كان لا يحتاج الى
رفقة في تلك الطريق وعلى السيد التصابر الى ان يمضي مدة امكان الوصول
فان مضت المدة ولم يوصله كان مقصرا وللسيد الفسخ ويخرج مما ذكرنا
انه لا يعتبر مدة امكان السير الى السيد اذا كان له وكيل هناك وانه
يعتبر مضيها ان لم يكن له وكيل وكذلك نقله الربيع وعن رواية المزني
انه لا يفسخ حتى يمضي مدة امكان السير سواء كان هناك وكيل او لم يكن
وعد ذلك سهوا منه انتهى وكذا قال جماعة ان الاصحاب غلطوا المزني وقال
الدارمي فانه كان للسيد وكيل ببلد المكاتب قال له الحاكم ان اديت الى
وكيله والا عجزتك نصا ونقل المزني ما ظاهره انه ينظر قدر المسير الى
السيد قال ابن القطان قيل قولان وقيل يدفع اذا كان ثابت الوكالة
وقيل يدفع اذا كان الوكيل حاضرا قال ابن المرزبان اختصر المزني انتهى
وطريقة القولين هي ما اشار اليها الرافعي عن رواية ابن كج وقدمنا الاشارة
ان من بمسافة قريبة كالحاضر وان ابن الرفعة قيده بمسافة القصر وقد
يرشد اليه قول الرافعي لانه قضاء على غائب ولفظ الدارمي فيما اذا لم يكن
للسيد وكيل هناك فينظر قدر السير ويجعل له اجلا ان ادى اليه والا
عجز وهو من قول الام فان لم يكن له وكيل انظر قدر مسيره الى سيده
وضرب له اجلا فان جاء الى ذلك الاجل والا عجزه حاكم بلده انتهى وهو
منزل على ما سبق لانه يضرب له اجلا ابدا على مقدار السير المعتاد ويختلف
ذلك باختلاف الاوقات والسهولة وضدها وفي معنى الوكيل هناك اذن
السيد للحاكم في قبض النجم منه كذا قاله البغوي وقال الماوردي اذا لم يكن
للسيد وكيل هناك انظر المكاتب انظارها قدر المسير اليه سيده على حسب المكنة
فان تأخر عنها فسخ السيد حينئذ الكتابة او ناب الحاكم عنه في الفسخ اذا فوضه
اليه فلو سأل السيد حاكم البلد الذي فيه المكاتب ان يقبض منه مال الكتابة
لم يلزمه القبض وكان فيه بالخيار لان الذي يختص بالحاكم بالتزامه هو
الحكم دون القبض الا ان يكون المال لمولى عليه فيلزمه النيابة عنه في

قبضه ليبوت ولا اشد عليه وعلى ماله انتهى وثبوت ولا ابنه على محجور ليس
في عمله بعد بخلاف ماله قال الدادمي وان لم يبلد المكاتب حاكم لو نيب بما يجب
فان فعله والا عجز وقال الدافعي قال ابن كج ان لم يكن في بلد السيد
حاكم فكتب السيد الى العبد واعلمه الحال وامره بالتسليم الى رجل عينه
فامتنع فعندي انه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي اذا وقع العلم به وذكر ابو
الحسين فيه وجهين وحل وجهين فيما لو سلم المكاتب الى وكيل السيد وبان
ان السيد عزله هل يبرأ المكاتب وعندي ان الوجهين مخصوصان بما اذا
قال الحاكم ان فلانا وكيله ولم يامر بالتسليم اليه فيبرأ بلا خلاف انتهى ويشبه
ان يجي في الاكتفا بمكاتبة السيد الى العبد نفسه مع وجود الحاكم ما قدمنا
عن الاصحاب في النفقات او غيره في مكاتبة القاضي والزوجة او وليها
الى الزوج الغايب فراجعه ويوافقه قول صاحب الترغيب هنا ولا يبادر
بالفسخ حتى يعرفه الرجوع انتهى **قال** فلو كان له مال حاضر فليس للقاضي
الادا منه اي بل يمكن السيد من الفسخ لانه ربما عجز نفسه لو كان حاضرا
ولم يود المال هذا ما اورده كثيرون او الاكثرون وقال الدادمي فان كان
غايبا لم يجز تعجيز الا بالحكم الى ان قال فان وجد الحاكم للمكاتب مالا ادى
والا عجزه وجعله على حجته فان قدم فاقام بينة باداء او ابراء عتق وان كان
مال ابن المرزبان صح التعجيز قال الشيخ رحمه الله وعندي يودي هذا ما
رايته في نسختي بكتابه ولعل صوابه وعندي لا يودي ويحتمل ان يقال
ان ظهر للحاكم انه لو كان حاضرا لادى لما علم من حرصه على العتق ادى عنه من
ماله الحاضر والا فلا ويحتمل ان يقال ان كان غير النجم الاخير والمال الحاضر له
بصفة دين الكتابة ادى القاضي منه لان الظاهر انه اختار البقا على الكتابة فقد حصل
له غرضه وان اختار التعجيز فقد اخذ السيد مال نفسه فتامله **قال**
ولا تنفسخ لجنون المكاتب اي على النصوص في الام والمختصر والمعروف للاصحاب لان
الكتابة لازمة من احد الطرفين فاشبهت الرهن وانما ينفسخ بالجنون العقود
الجايزة من الطرفين كالشركة والوكالة قال الرافعي وفي خلال كلام الامام

يلزم

اثنان

أبان قول او وجه انها تنفسخ بجنونه انتهى وهو غريب وهذا في الكتابة
الصحيحة اما الفاسدة فهل تبطل بجنونهما واغمايهما فيه اوجه احدها
نعم لجوازها من الطرفين والثاني لا ويحكى عن الشيخ ابي حامد وصححه الامام
قال الرافعي واصحها عند الاكثرين وهو ظاهر النص انها تبطل بجنون السيد
واغمايه وبالحجر عليه ولا تبطل بجنون العبد واغمايه وقد ذكر المصنف المسئلة من
بعد **قال** ويودي القاضي ان وجد له مالا لان المجنون ليس من
اهل النظر لنفسه فناب الحاكم عنه في ذلك وفرق بينه وبين الغايب بان فسخ
الغايب من اهل النظر لنفسه ولو حضر فربما امتنع وعجز نفسه وربما
الكتابة في غيبته بخلاف المجنون اذا علمت هذا فقد قال الرافعي واذا
جن العبد فادى في جنونه او اخذ السيد من غير اذا منه يعتق ووجه ذلك
ان قبض النجوم مستحق ولو اخذها المولى من غير اقباض من المكاتب وقع موقعه
واذا كان الامر كذلك المثابة فبالاخذ بين اذ منه واذا برئ عتق هذا هو المشهور
والمذكور في الكتاب يعني الوجيز وقال الامام ان عسر وصول السيد الى حقه
الا من جهة قبض ما يصادف فله ذلك وان امكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظرا
للمكاتب فلا وجه لاستبداده بالقبض عندنا ولو استبد لم يصح واذا لم يصح فلو
اقبض المجنون لم يكن لاقباضه حكم انتهى وتبع الغزالي امامه في البسيط فقال العبد
بقصده الاداء وليس للسيد ان يستقل بالاخذ فربما لا يرضى العبد لو افاق
وظاهر كلام الاصحاب انه يستقل بالاخذ وهو الاوجه لان السيد يقدر
على اعتاقه مهما اراد انتهى واقام الرافعي في شرح الصغير ما ذكره الامام
وجها فجزم بالمشهور ثم قال وقيل ان امكن مراجعة من ينصبه القاضي ناظرا
للمكاتب لم يستبد السيد بالاخذ انتهى والمتبادر من قول المنهاج والمحرر
ويودي القاضي انه لا طريق للاداء والعتق الا اداء القاضي او منصوبه
قال الرافعي ثم عامة الاصحاب اطلقوا القول بان الحاكم يودي عنه وذكر
الغزالي في الوجيز والوسيط **قلت** والبسيط انه يوديه ان راى المصلحة
له في الحرية وان راى انه يضيع اذا عتق فلا يوديه وهذا جيد ولكنه قليل

ففعاله

النفع مع قولنا ان السيد اذا وجد له مالا يستقل باخذه الآن فقال للحاكم منعه من الاخذ والحالة هذه انتهى ولهذا لم يجد الحاكم له مالا ودام السيد الفسخ بعد ثبوت الكتابة وحلول النجم وتحليف الحاكم له على بقاء الاستحقاق مكن من الفسخ حينئذ فاذا فسخ عاد قنا له وعليه نفقته قال الرافعي ثم ظهر له مال او افاق فاتى بمال كان قد حصله قبل الفسخ دفع الى السيد وحكم بعتقه ونقض التعجيز هكذا اطلقوه واحسن الامام فقال ان ظهر المال في يد السيد رد التعجيز والا فهو نافذ لانه فسخ حين تعذر عليه الوصول حقه فاشبه ما لو كان ماله غائبا تحضر بعد الفسخ **قلت** وتابعه الغزالي وفيه نظر مع مخالفته لظاهر نصوص الشافعي والاصحاب والفرق بين حضور المال الغائب ووجود المال بالبلد انه لا تقصير من الحاكم عند غيبة المال بخلاف ما اذا وجد بالبلد ولاسيما في منزل المكاتب وحانوته ونحوهما وقد قال في الشامل وغيره انه اذا وجد الحاكم بعد التعجيز له مالا يفي بمال الكتابة ابطل فسخ السيد لانه بان ان الباطن بخلاف ما حكم به كما اذا اخطا النص وحكم بالاجتهاد انتهى نعم لو افاق ثم ادعى انه كان له مال عند خفي عليه حالة التعجيز لم يقبل ذلك منه الا ببينة كما صرح به الدارمي والماوردي وغيرهما ولو قامت بينة به حال جنونه نقضنا التعجيز وينبغي ان تقبل شهادة الحسبة في ذلك في دوام جنونه اذا كان تعتق به ولو قال الحاكم كنت اعلم بالمال ولكن نسيت فعجزته ثم تذكرته هل يقبل منه اولا ويبني على القضا بالعلم لم ار فيه شيا ه وهناك نص الشافعي في الام في المختصر من رايت فقيه فوايد قال الشافعي ولو كاتب العبد بالغا صحيحا ثم غلب على عقله لم يكن للسيدان يعجزه حتى يحل نجم من نجومه فاذا حل لم يكن له تعجيزه لانه لا يبرى عن نفسه بحال حتى ياتي الحاكم ولا ينبغي للحاكم ان يعجزه حتى يسال عن حاله فان لم يجد له ما يودي عنه الكتابة او النجم الذي حل عليه منها عجزه فان عجزه ثم افاق قد دل على مال له او دل عليه الحاكم قبل افاقته ابطل التعجيز عنه وجعله مكاتبا بحاله اذا كان المال له قبل التعجيز وادعى ذلك المكاتب فان كان مالا

افاده بعد التعجيز جعله لسيده ولم يرد التعجيز ولو وجد الحاكم له في ذهاب عقله ما يودي عن كتابته فاداه عتق وان لم يجد له مالا ولم يجد له نفقة ولا احدا يتطوع بان ينفق عليه عجزه والزم السيد نفقته ولا يلزم السيد نفقته بحال حتى يقضي عليه بالعجز واذا وجد له مالا كان قبل التعجيز فك التعجيز عنه ورد على السيد نفقته في ذلك المال مع كتابته قال ويبين ما وصفت في كتاب تعجيزه اياه هذا النص رضي الله عنه ثم قال ولو غلب على عقله فادى عنه السلطان كان على الكتابة لانه يودي عنه من حقه وان ادى عنه رجل متطوعا فعلى الحاكم قبول ذلك للمكاتب حتى يصير مالا له ثم يعطيه سيده وليس على السيد قبوله الا ان يقول المتطوع عنه قد ملكته اياه فيلزم السيد قبوله عنه لان المكاتب لا يبرى عن نفسه فان ابى السيد ان يقبله عنه وخفي ذلك على القاضي فعجزه ثم علمه رد تعجيزه واخذه بما تطوع به عليه ان اعطاه المتطوع فان لم يعطه لم يجبر الحاكم عليه انتهى ه واطلق الرافعي انه لو تطوع رجل فادى مال الكتابة عن المكاتب فهل يجبر السيد على القبول او يتمكن من الفسخ قال القاضي ابن كج فيه وجهان والذي اورده الامام منهما انه لا يجبر ولو قيل هل يقع عن المكاتب اذا كان بغير اذنه فيه وجهان القياس الوقوع انتهى **فرع** قال الرافعي متصلا بما سبق عنه واذا حكمنا ببطلان التعجيز وكان السيد جاهلا بحال المال فعلى المكاتب رد ما انفق السيد عليه لانه لم يتبرع به وانما انفق على انه عبده انتهى ه وقيد الدارمي وغيره الرجوع عليه بما انفقه بما اذا كان انفاقه بامر الحاكم وعبارة الماوردي وحكم القاضي لسيده بالرجوع بنفقته لانه انفق بحكمه انتهى ه وهذا التفصيل متعين وربما سبق كلام فيما لو انفق على البائن المظنون حملها ثم بان خلافه يضاهي هذا فراجعه **فرع** قال الماوردي وابن كج وغيرهما لو اقام المكاتب بعد افاقته بينة بانه كان قد ادى النجوم حكم بعتقه ولا رجوع للسيد عليه بما انفق لانه لبس وانفق على علم بحريته فيجعل متبرعا قال ابن كج فلو قال نسيت الاداء فهل يقبل ليرجع فيما انفق وجهان ارسلهما بلا

بانه

ترجيح ونبعه الرافعي والاقرب المنع ان قرب زمان الاداء وبعد في مثله
النسيان اما لو طال الزمان وتخلل ذلك مرض وجنون للسيد وغيرهما
من الاسباب الموجبة للنسيان فهذا محتمل والظاهر انه لو قال ادى الي
وكيلي وانا غائب ولم اعلم او الي ولي حال جنوني وعرف ذلك انه يصدق بيمينه
ويرجع بما انفق اذا كان انفق بالزام القاضي والا فلا **فرع** في كافي
الروياني انا اذا امهلنا المكاتب ثلاثة ايام لياتي بالبينة على الاداء فاحضر
شاهدا بعد الثلاثة واستمهل ثانيا ليات بشاهد يمهل ثلاثا اخرى واقره الرافعي
ودونه فيما سبق كلام في انظار مدعي الدفع وغيره من المديونين ثلاثا اخرى لذلك
لانه متمكن من اليمين مع الشاهد المحضر فلا حاجة به الى التاخير **فائدة**
قضية كلامهم ان القاضي اذا فحص عند جنون المكاتب فلم يجد له مالا انه يمكن
السيد من الفسخ في الحال اذ لا غاية للافاقة تنتظر فلو فسخ ثم افاق بعد
ساعة مثلا فقرب التقضي منه شيء بخلاف ما اذا اطبق وقد يقال ان المفيق عن
قرب ينزل منزلة من ظن انه بمسافة بعيدة فبان بقربه او حاضرا لان من افاق
عن قرب بان ادركنا انه استيقظ او كالسكران صحا من سكره ولو اغمي على المكاتب
ولم يجد له مالا فهل يمكن السيد من الفسخ في الحال او ينتظر افاقته لان الغالب
انه يفيق عن قرب لم ار فيه شيئا وهو محتمل فان قلنا ينتظر افاقته فهل يكون
غايته الانتظار ثلاثة ايام الاشبه نعم ولو تغيب المكاتب بالبلد عند حلول النجم وتوارى
او تعزز هل يمكن السيد من الفسخ في الحال او ينادى عليه كما سبق في
المدعى عليه فان لم يظهر فسخ لم ار فيه شيئا **قال** ولا بجنون السيد لانها
لازمة من جهته فاشبهت الرهن وانما ينفسخ بالجنون العقود الجائزة من
الطرفين كالشركة والوكالة **قال** ويدفع الى وليه ولا يعتق بالدفع
اليه اي بل بالدفع الى قيمه وهو الحاكم او منصوبه لا الاب والجد على الاصح
كما سبق في باب الحجر وانما لا يعتق بالدفع اليه لان قبضه فاسد ولو تلف المقبوض
في يده فلا ضمان لتقصيره بالدفع اليه ثم ان لم يكن في يد المكاتب شيء اخر يؤديه
في الكتابة قال الرافعي فللقيم تعجيزه **قلت** ينبغي له ان يراجع القاضي

في ذلك

في ذلك ليجتهد فيه فقد تظهر مصلحة السيد في ابقائه مكاتبا ولو حجر
على السيد بالسفه فهو كالجنون ولو حجر عليه بالفلس لم يحضرني فيه نقل
فتامله **فصل قال** ولو قتل المكاتب سيده فلوارثه قصاص
فان عفا على دية او قتل
خطا اخذها مما معه اي الواجب مما في يده فيل الجناية وبعدها ما دامت
الكتابة لان السيد مع المكاتب في المعاملات كالاجنبي مع الاجنبي فكذلك
في الجناية واعلم ان قول المحرر فان عفا على الدية او كان القتل خطا
اخذ الدية مما في يده ومتابعة المنهاج له عليه وظاهره يقتضي انه يجب تمام الدية
وتمام الارش في الجناية على عضو السيد بالغا ما بلغ سواء كان ذلك مثل قيمة
العبد او اكثر والمحرر متابع للتهذيب في ذلك بعبارته كما دل عليه وقالا هنا
في الشرحين والروضة تبعا للامام وغيره فهل يلزمه الارش بالغا ما بلغ او
اقل الامرين فيه القولان في الجناية على الاجنبي وقد اجاب المصنف في
الجناية على الاجنبي ان الواجب اقل الامرين كما هو المذهب والجديد والظاهر
ان طريقة البغوي مخالفة لطريقة الامام وغيره بل على الجمهور في التسوية بين
الجناية على السيد وعلى الاجنبي كما سنذكره ان شاء الله ولو كان اراده المنهاج
واصله الفرق بينهما قوله متصلا بذلك ولو قتل اجنبيا او قطعه فعفي على مال
او كان خطا اخذ مما معه ومما سيكسبه الاقل من قيمته والارش فافهما الفرق
بينهما ولم يقولا في الجناية على السيد ومما سيكسبه ولا فرق بينهما **قال**
فان لم يكن اي في يد المكاتب مال اذ كان ولا يفي بالواجب عليه في جنايته **قال**
فله تعجيزه في الاصح اي المنصوص في الام والمختصر وجرى عليه العراقيون لانه
يستفيد به رده الى الرق المحض والثاني لا لانه لا فائدة له فيه لانه اذا
عجزه سقط الارش اذ لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما اذا عجزه
الاجنبي فان الارش يتعلق برقبته قاله القفال وبعض المراوزة وبه جزم
الفوراني في كتابه وقال القاضي الحسين انه المذهب مع نقله الاول عن العراقيين
وان نص الشافعي يدل عليه ثم اذا عجز بسبب الارش او النجوم فهل يسقط الارش

اويكون دينا في ذمته الى ان يعتق فيه وجهان اصحهما الاول قال في
التهذيب وهما مبنيان على ما لو كان له دين في ذمة عبد الغير فملكه
هل يسقط فيه وجهان وقال في تعليقه وان لم يكن في يده مال فهل
يجوز للوارث تعجيزه بنى على ان الدية تثبت للوارث ابتدا ام للمورث
ثم ينتقل الى الوارث وفيه قولان ان قلنا بالاول فهل له تعجيزه فيه
وجهان اصحهما نعم وان قلنا بالثاني فله تعجيزه انتهى ورايت في تعليق الشيخ
ابرهيم المروذي انه اذا عفا الوارث على مال او كان خطا ان كان في يده
مال اخذ المال وان لم يكن قال الشافعي في الكتاب يعني مختصر المزني وان لم
يؤد فلهم تعجيزه ولا دين لهم على عبدهم فهذا النص يدل على ان لهم تعجيزه فان
قلنا تثبت الدية للوارث فحكمه حكم الجناية على طرف السيد وان قلنا تثبت
للمورث ثم ينتقل الى الوارث فهل للوارث ان يعجزه فيه وجهان اصحهما
نعم انتهى والتفاوت بين منقول التعليقين ظاهر قال او قطع طرفه اي
طرف سيده فالقصاص والدية كما سبق اي في قتله لسيده هكذا قاله الرافعي
وغيره ونحوه قول ابرهيم المروذي فان عفا السيد على مال او كان خطا ولم
يكن في يده مال فعلى طريقة المراوزة ليس له تعجيزه لانه لا فايدة له فيه
لانه لا يباع رقبته في دينه وعلى طريقة العراقيين له تعجيزه وفايدته ان يعود
قنا للسيد انتهى وطريقة العراقيين هي المذهب المنصوص في الصورتين ○
فروع قال الرافعي لو اعتق السيد المكاتب بعد جنايته او ابراه
عن النجوم ولا مال بيده سقط الارش لانه ازال الملك عن الرقبة التي
كانت متعلق الارش باختياره ولا مال غيرها قال الامام وفيه احتمال اخذا
من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته وان كان في يده مال
فهل تعلق الارش بما في يده وجهان احدهما المنع لان الارش كان متعلقا
بالرقبة وقد تلف واظهرهما التعلق والتوجيه المذكور ممنوع بل الارش
متعلق بالرقبة وبما في يده وذكر في التهذيب انه يطالب بالارش من غير
تفصيل وفرق بين ان يكون في يده شي او لا يكون ويقرب منه قوله في الكتاب

يعني

يعني في الوجيز فالصحيح انه يطالبه بالارش بعد العتق والاشبه ما
قدمناه انتهى لفظه وعبارة التهذيب اما اذا لم يعجز حتى عتق يتبعه
بالارش قولا واحدا وشيا فصرح بان المراد ما اذا اعتق وفي يده مال
فيكون ناقلا لطريقة قاطعة بالوجه الاظهر وهو ما اورده الفوراني في العمد
والابانة حيث قال فيهما وان لم يعجز بالنجوم حتى عتق كان له ان يتبعه بالارش
وجها واحدا وللسيد ان يتبعه بجميع الارش بالغا ما بلغ لا يقتصر على قدر قيمته
لانه وجب في ذمته دون رقبته فاشبه مال المداينة انتهى ومقتضى كلام
الرافعي ان ارش الجناية على السيد يتعلق برقبة العبد على الوجهين لكن
هل يتمحض التعلق بالرقبة ولا فاعلم وقال الماوردي متفرعا على الوجه
الاصح فعلى هذا لا يبرأ من الارش بالعتق ويستوفى مما في يده من المال فان
عجز المال عنه نظر ان علم السيد بعجز المال برئ المكاتب من الباقي وان لم
يعلم السيد بعجز المال لم يبرأ المكاتب من الباقي وكان ماخوذا به بعد الحرية
والله اعلم ○ قال الرافعي متصلا بقوله والاشبه ما قدمناه ولو ادى النجوم
فعتق فالاجوبة متفقة على ان الواجب لا يسقط كما لا يسقط فيما اذا جنى
على اجنبي وادى النجوم وعتق ثم ظاهر ما اوردوه في هذا الموضع انه
يجب الارش بالغا ما بلغ وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه فذكر فيما لو قطع
المكاتب يد سيده قطعا يوجب المال او عاد بالعفو الى المال وقلنا لا بد من
من المصير الى الانتقال فاندمل بعدما ادى المال وعتق ان عليه الارش للسيد
بتمامه وهو نصف الدية وفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا جنى على اجنبي
ثم ادى النجوم وعتق حيث ذكرنا خلافا فيما يجب عليه فان الواجب في الجناية
على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب وانما هو في ذمته فيجب بكماله كما لو جنى
حر على حر وارش الجناية على الاجنبي يتعلق بالرقبة فجاز ان لا يزاد عليها
ومنهم من طرد القول الاخر وهو وجوب اقل الامرين وقال العتق لا يغير ما تقدم
وجوبه انتهى لفظه فانظر قوله هنا في الفرق فان الواجب في الجناية على السيد
لا يتعلق برقبة المكاتب وانما هو في ذمته وكلامه في الفرع قبله يقتضي تعلقه

رقبته على الوجهين وهذا الفرق لخصه من المهذب وعبارة المهذب
بعد كلامه على جناية المكاتب على الاجنبي والخلاف فيما اذا يجب عليه
وهذا بخلاف ما لو جنى المكاتب على سيده ثم ادى النجوم فعتق او ابراه
السيد او اعتقه يجب ارش الجناية بالغا ما بلغ على المكاتب فان كان
قد قطع يده عليه نصف الدية قولا واحدا لان المكاتب اذا جنى على
سيده لا يتعلق الارش برقبته بل بذمته بدليل انه لا يباع رقبته فيه
فلما تعلق بذمته وجب كمال الارش كما لو جنى حر على حر واما ارش جنايته
على الاجنبي يتعلق برقبته بدليل انه يباع رقبته فلم يجب اكثر من قيمة الرقبة
انتهى وذكر مثله في تعليقه ملخصا وعبارة الامام هنا في حكاية القولين
السابقين واذا جنى على سيده او اجنبي فبكم يطالب اذا كان ارش الجناية
اكثر من قيمته فعلى قولين ذكرهما صاحب التقريب احدهما انه يطالب بتمام
الارش فانه فيما يطالب به ما دامت الكتابة كالحر والارش لا يتعلق برقبته
ما استمرت الكتابة والقول الثاني انه لا يطالب الا بمقدار قيمة رقبته اذا زاد
الارش عليها لانه يملك تعجيز نفسه واذا فعل فلا مرجع الا الى رقبته انتهى
وعبارة الدارمي في باب جناية المكاتب على سيده وان قتل سيده فللورثة الجناية
فان اقتصوا فلهم وان طلبوا الدية او كان خطا فلهم كما مضى وللسيد ولهم
بعد قتله العفو على غير شيء وفي الارش قولان احدهما الاقل من الارش
والقيمة والثاني الارش بالغا ما بلغ انتهى وقال في الباب بعده ولو جنى على سيده
جرحا فادى فعتق كان له اخذه بالارش والارش قبل ارش الجناية ما بلغ
اذا اندمل بعد العتق وان كان قبله فالاقل من قيمته والارش وقيل ان
كان الاندمال بعد العتق فان قلنا يجب الارش بالجناية فالاقل او
بالاندمال فالارش وقيل الاقل في جميع الامرين انتهى وبالجملة ان كان ما افهمه
كلام البغوي في اول المسألة في جناية المكاتب على طرف سيده او نفسه وتبعه
عليه المحرر على ظاهره من انه يلزمه مع بقاء الكتابة تمام الدية وتمام ارش
العضو فهو طريقة تفرد بها الفوراني وظاهر كلام الجمهور انه في ذلك كالاجنبي

المجني فيكون فيما يلزمه القولان مطلقا واحسب ما ذكره الفوراني
وتبعه عليه البغوي من الفرق الآن بقي من تفاريع طريقة القفال انه
ليس للسيد تعجيزه لاجل الارش بخلاف الاجنبي وعلى كل حال
ففي كلام الرافعي اضطراب والله الموفق للصواب برحمته ٥ جناية
المكاتب على ابن سيده ونحوه كجنايته على اجنبي وجنايته على نفسه يثبت القصاص
للسيد الوارث فان عفا او كان خطا فهو كما لو جنى على السيد وجرى ما ذكره
البغوي وغيره من البناء على ان الدية لمن يجب ابتداء **قال** ولو قتل
اجنبيا او قطعه فعفي على مال اخذ مما معه ومما سيكسبه الاقل من قيمته
والارش ٥ اذا جنى المكاتب على اجنبي بما يوجب قصاصا في نفس او طرف
فلمستحقه استيفاؤه اجماعا فان عفي على مال الدية او غيرها او كانت الجناية
موجبة للمال وتعلق مال فان كان الواجب مثل قيمته او اقل طولب به
مما في يده وان كان اكثر فقولان احدهما انه يطالب بتمام الارش لانه كالحر
في المطالبة ما دامت الكتابة باقية واظهرهما انه لا يطالب الا بقدر
قيمته لانه يملك تعجيز نفسه واذا عجزها فلا يتعلق للارش متعلق سوى
رقبته وهذا ما جعله البغوي في تعليقه الجديد والاول القديم قال
الرافعي ويعبر عن الغرض على القول الاظهر بانه يطالب باقل الامرين من
قيمته وارش الجناية ويعبر عن القولين ايضا بان يقال للمكاتب ان يفدي
نفسه في الجناية وبكم يفديها قولان احدهما باقل الامرين والثاني بالارش
بالغا ما بلغ لانه لو عجز نفسه ربما اشترى بذلك الفداء فان قلنا يفدي نفسه
باقل الامرين فله ذلك وان لم يرض السيد وان قلنا بالارش وزاد الارش
على القيمة لم يستقل به فان اذن السيد فهو على القولين في تبرعاته باذنه
انتهى قال شارح المراد بالمال في كلام المصنف الدية كما صرح
به في المحرر انتهى وهذا عجيب بل قول المنهاج المال اجود واعم والمحرر تبع في
هذه العبارة المهذب فانه قال هنا فان عفا على الدية او كانت الجناية
خطا تؤخذ الدية مما في يده ومن كسبه ويؤخذ اقل الامرين من قيمته وارش

الجناية انتهى ومن هنا يؤخذ ان ما قدمناه في الكلام على جنايته على سيده
ليس على ظاهره وقد خبطنا فيه من قبل خبط عشواء قال من ذكرنا ولم يذكر
هنالك لفظة وما يكتسبه ولا فرق بينهما وهذا ظاهر قال في البحر الى به
منع بعتق ما يكسبه وهذا عجب والواضح انه ما يفيت كتابته اذا لم يحصل ابرا
قال وهو في الدقائق وقول المنهاج الاقل من قيمته والارش هو
الصواب ووقع في المحرر او الارش والصواب حذف هذه الالف وقد نبه
على ذلك الرافعي في شرحه انتهى قال المصنف في الدقائق ولم يستعملها في المحرر
الا في هذا الموضع بخلاف غيره من المصنفين فانهم يستعملونها وهو ردي انتهى
ووقع هذا الاستعمال في الام والمختصر كما رايته فيهما ◉ ما جزم به من اقل
الامرين طريقة جزم بها جماعة فقالوا لو فدا نفسه باقل الامرين قولا واحدا
وفرقوا بين هذه وجنايته على سيده على القول الآخر بان حق السيد يتعلق
بذمته دون رقبته لانها ملكه واذا كانت في ذمته وجب وفا جميع الارش
مما في يده كدين المعاملة بخلاف جنايته على الاجنبي **قال** وان
لم يكن معه شي وسال المستحق تعجيزه عجزه القاضي اي الا ان يفديه السيد
كما سياتي ◉ وبيع بقدر الارش اي فقط ان زادت قيمته عليه لانه القدر
المحتاج اليه في الفدا ◉ فان بقي منه شي بقيت الكتابة فيه اي في ذلك القدر
الباقي منه **اشارات** اخذها كلامه يفهم انه لا يتولى هنا تعجيزه
الا القاضي وانه لا بد ان يعجز اولا ثم يباع منه بقدر الارش اذا لم يستغرق
قيمته قال ابن الرفعة وكلام التنبيه يفهم انه لا حاجة الى التعجيز بل يتبين بالبيع
انفساخ الكتابة فيه كما يقول في بيع المرهون في ارش الجناية لا يحتاج الى فك
الرهن وقال القاضي الحسين للسيد ان يعجزه ويباع في الجناية او يفديه وهذا
لا ينافي ما ذكرنا انتهى وليس كلام القاضي الحسين يخالف لقول من قال يعجزه
القاضي كما ساوضحه ان شا الله تعالى **الثانية** اذا علم ان قيمة بعضه
تفي بالارش فلم لا يقال يعجز منه ما تفي به فقط ويبقى الباقي مكاتبا ويجوز ذلك
للضرورة وان كان لا يجوز للسيد ان يعجز نصف مكاتبه مثلا فظاهر كلامهم

انه

انه يعجزه كله واذا كان كذلك فقد صار جميعه قنا وانفسخ عقد
الكتابة فكيف يبقى الباقي بعد بيع بعضه مكاتبا وقد زال العقد
الاول هذا موضع تامل اللهم الا ان يقال تبينا بالاخرة ان الفسخ لم يصادف
الا القدر المبيع منه فقط ثم رايت في كلام الرافعي فيما لو اجتمع عليه
اروش جنايات فيعجزه الحاكم ان السيد لو اختار فداه بعد التعجيز نبع
فان اراد بذلك انه يبقى مكاتبا كما كان فيكون تعجيز القاضي موقوفا وان
اراد انه يكون قنا له فواضح ولعله المراد ويبعد ان السيد لو عجزه لبيعه
في الجناية ثم عن له ان يفديه ان الكتابة تبقى بحالها من غير تجديد عقد
لها وتعجيز القاضي اولى بعوده قنا هذا ما ترتب لي والعلم عند الله تعالى
الثالثة لو كان ثمن بعضه يفي بالارش ولكن لم يجد من يشتري البعض
وابى السيد الفدا فالظاهر انا نبيع جميعه للضرورة ولذلك نظاير ثم ما
فضل عن الارش ياخذه السيد وقد قال في الشامل فيما اذا اجتمع عليه
جنايات فان عجز ماله عن اروشها ومال الكتابة كان للسيد ان يفسخ الكتا
وبيعه في الجناية فان فضل من قيمته شي كان له انتهى **فرع** اذا
بعنا بعضه وعتق باقيه بالادا فهل يسري على سيده اذا كان موسرا فيه
وجهان وفي البحر انه لا يسري قولا واحدا ذكره ابن الرفعة **قال**
وللسيد فداؤه وابقاؤه مكاتبا لما فيه من الجمع بين حقوق الثلاثة وعلى
مستحق الارش قبوله قال الرافعي هذا هو الظاهر وفيه شي سبق ثم الفدا
يكون باقل الامرين في الجديد وبالارش في القديم الا ان يسلمه للبيع وله
الرجوع عن اختيار الفدا او تسليمه للبيع الا اذا مات بعد اختيار الفدا او
باعه باذن المجني عليه بشرط الفدا فيلزمه الفدا قال الروياني وانما شرط اذن
المجني عليه في البيع لان قوله اخترت الفدا لا يسقط حق المجني عليه من رقبة
العبد ما لم يود المال **فائدة** وعدنا بها اذا اتى من يفهم من قول
المنهاج وغيره عجزه القاضي ان ذلك هو الطريق وانه لا يتولاه غيره
وان قول القاضي الحسين للسيد ان يعجزه وجها ضعيفا وليس كذلك بل من قال

عجزه القاضي اراد بها اذا لم يفد السيد او امتنع من تعجيزه وتسليمه للبيع في الجناية وذلك يكون فيما اذا ادعى هو او مستحق الارش تعجيزه ورفع مستحق الارش الامر الى القاضي ليعجزه ويبيعه في الجناية ثم ان السيد ابى واما لو اراد السيد تعجيزه وتسليمه للبيع في جنايته فالظاهر انه لا حاجة الى القاضي في ذلك اصلا انظر قول الرافعي فيما اذا اختار السيد الفداء ام الفداء يكون بأقل الامرين الان يسلمه للبيع وقول ابن الصباغ في الشامل فان عجز ما له عن ارش الجنايات ومال الكتابة كان للسيد ان يفسخ الكتابة ويبيعه في الجناية فان قال السيد انا لا افسخ الكتابة واصبر عليه بمال الكتابة كان للمجني عليه ان يرفع ذلك الى الحاكم فيفسخ الحاكم الكتابة ويبيعه في الجناية الا ان يختار السيد ان يفديه فيكون له ذلك انتهى ولا احسب في هذا نزاعا بين الاصحاب نعم ما اطلقه في التنبيه وغيره من انه يباع في الجناية من غير تعرض الى تقديم التعجيز على البيع رايت مثله في كلام الام ولكن هل المراد به انه انما يباع بعد تعجيزه لان بيع المكاتب قبل تعجيزه لا يجوز او ان بيعه في الجناية تعجيز او متضمن له هذا محل نظر واحتمال والعلم عند الله **فائدة ثانية** نص في الام انه اذا جنى المكاتب او عبده انه يفدى بالاقل من قيمته يوم الجناية والجناية وقال الدارمي القيمة تعتبر يوم الجناية وقال ابن حمدان قول اخر يوم الاندمال بناء على انه متى يطالب بالارش وان نقصت قيمة العبد اي عبد المكاتب الجاني لم يكن للمكاتب فداؤه الا بقيمته بعد النقص فان اذن السيد فالقولان اي في تبرعه باذنه قال وان ابق لم يفد بشيء الا باذن على القولين انتهى وهذا ليس على اطلاقه فيما اظن **قال** ولو اعتقه بعد الجناية او ابراه عتق ولزمه الفداء ۝ لانه فوت بالاعتاق متعلق حق المجني عليه فهو كما لو قتله وهذا بناء على نفوذ الاعتاق قال الرافعي وهو المشهور واشار القاضي ابن كج الى ان فيه خلافا كاعتاق العبد القن اذا جنى ويمكن ان يفرق بان المكاتب قد صار مستحق العتق قبل الجناية واذا اعتقه وقع العتق عن

الجهة المستحقة والقن بخلافه **قلت** وفي الحكم بنفوذ الاعتاق مع اعسار السيد بالفداء وفي الفرق المذكور نظر وقال الدارمي اذا جنى المكاتب على اجنبي او جنى عبد قن فاعتقه السيد فقيل يعتق وقيل كالمرهون انتهى والقلب الى الطريق الثاني اميل والعلم عند الله وبم يفديه فيه طريقان قيل على القولين الجديد والقديم وقيل بالاقل قطعا بخلاف حال الكتابة فان الرق باق فلو بيع فربما وجد راغب باكثر من قيمته وهنا فات هذا التوقع وكما يلزم السيد فداء المكاتب الجاني باعتاقه يلزمه باعتاقه فداء ابن المكاتب وابيه اذا كانا عليه وجنيا لانهما يعتقان باعتاقه ۝ ولو عتق المكاتب باداء النجوم ضمن هو الجناية ولا يلزم السيد فداؤه وان قبض النجوم لانه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب اول وفيما يلزمه الطريقان ومنشأهما ان النظر الى ابتداء الجناية في الكتابة او الى انتهائها بعد عتقه **قال** ولو قتل المكاتب بطلت ومات رقيقا لفوات محل الكتابة وليستد قصاص على قاتله المكافئ اي كالقن ليقام [مقامه] ملكه عليه **قال** والا فالقيمة اي وان لم يكن القاتل مكافئا فالواجب عليه القيمة وان قتله سيده فليس عليه الا الكفارة قاله في المحرر وله اكسابه بحكم الملك لا بالارث **فرع** قال الدارمي اذا جنى عبد المكاتب عليه فله القصاص والارش وان كان يعتق عليه فله القصاص الا الاب ونحوه وله البيع بقدر الجناية قاله ابن المرزبان **قلت** ونص عليه في الام بلفظ وان جنى واحد منهم جناية لم يكن له ان يفديه بشيء وكان عليه ان يبيع منه بقدر الجناية انتهى قال الدارمي وقال الطبري لا يبيعه كالمرهون **فرع** قال في الشامل اذا ملك المكاتب اباه بوصية ثم ان المكاتب جنى على ابيه فقطع يده فانه يقتص من المكاتب لان حكم الاب معه كحكم الاحرار فانه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته او لا يعرف للشافعي مسئلة يقتص من المالك للمملوك الا هذه المسئلة انتهى وحكى الروياني هذا في التجربة عن نصه في الام في قتله ثم قال فاوجب القصاص

على المكاتب بقبول مملوكه ولم يجعل ملكه عليه مشتبهة وهذا غريب انتهى
فرع عن الام اذا اعتق المكاتب فاختلف هو ومن جنى عليه فقال المكاتب
كنت حرا عند الجناية وقال الجاني بل مكاتبا فيصدق الجاني بيمينه
فان شهد السيد للمكاتب قبلت شهادته ويأتي بشاهد آخر فصل
قال ويستقل يعني المكاتب بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر جازم
كالبيع والشري والاجارة من غير محاباة نقدا ولا يسلم المبيع حتى يقبض
ثمنه والظاهر ان العكس كذلك فلو افلا سع نسيئة ولو استوثق برهن وكفيل
نعم لو باع ما يساوي مائة بمائة نقدا ومائة نسيئة جاز قال الشيخان ولو
اشترى نسيئة بثمن النقد ولا يرهن به لانه قد تلف الرهن وان اشتراه
بثمن النسيئة لم يجز ذكره البغوي لما فيه من التبرع وذكر الروياني انه يجوز اذ لا
غبن وظاهر كلام الروضة واصلها ترجيح مقالة البغوي وعبارة الشرح
الصغير وان اشتراه بثمن النسيئة ففي التهذيب انه لا يجوز لما فيه من التبرع
وقيل بخلافه قلت وبه اجاب المحاملي والماوردي والجرجاني وابن
الصباغ والدارمي والفوراني في كتابيه العمد والابانة وغيرهم وهو الوجه
والمذهب المنصوص وعلله الماوردي بان الغرر فيه بمجاراة الدين لا على المكاتب
وقول البغوي ان فيه تبرع ممنوع قال الشافعي في الام وللمكاتب ان يشتري
بالدين وان لم ياذن السيد لان ذلك نظر له وغير نظر للذي اداته ولذات
يتسلف في طعام لان التلف على الذي سلفه وليس له ان يسلف في طعام لان
ذلك دين قد يتلف هذا نصه وعليه جرى العراقيون وغيرهم فاعلم واعلم ان ما في
التهذيب قال القاضي وتبعه ابرهيم المروذي عليه ايضا وهو وجه شاذ
للقاضي وعبارة تعليق البغوي ولو اشترى بالنسيئة نظر ان اشترى بثمن المثل
يجوز او باكثر من ثمن المثل فالزيادة كالتبرع انتهى وهي حسنة الا ان مراده بما المثل
في التهذيب من ثمن نقدا ولا احسب احدا يمنع صحة اسيدا شاما يعتق به من النجم
الاخير او جميع النجوم فرع قال الشافعي في الام ولا يجوز للمكاتب وانه
ان يبيع شيئا من الدين وان كثر فضله فيه بحال رهن فيه رهنا واخذ به

كفيلا

كفيلا لان الرهن يهلك والغريم والحميل يفلس وجرى عليه كثيرون
من الاصحاب في هذا الباب منهم الماوردي وحكى في كتاب الرهن في الجواز
قولين قال ابن الرفعة قال البندنيجي ثم ان المذهب جواز البيع بثمن مؤجل
وحكى هنا عن الشافعي انه لا يجوز البيع بدين مؤجل وان كان الربح اضعاف
الثمن وان كان بالثمن رهن او ضمين قال وقال الاصحاب بل يجوز ان
يبيع ما يساوي في الحال مائة بمائة وعشرين مائة مقبوضة وتبقى العشرين الى
محل انتهى وسياتي بيان ما في ذلك من الخبط وقال القاضي الحسين وتبعه
ابرهيم المروذي يجوز ان يبيع شيئا يساوي عشرة بعشرين الى اجل وياخذ به
رهنا انتهى وعلل الاصحاب المنع ايضا بان الرهن قد يتلف فيرفعه الى
قاض يرى سقوط الدين به فيضيع ماله فرع قال الشافعي في الام
ليس للمكاتب ان يرهن في سلف ولا غيره لانه ليس له ان يسلف شيئا من ماله
ولان الرهن غير مضمون وتابعه الجماهير فيما علمت ووقع اضطراب للشيخين
في المسألة فقالا واللفظ للرافعي وفرقوا بين المكاتب وبين الولي حيث يبيع
مال الطفل نسيئة ويرهن ويرتهن للحاجة او المصلحة الظاهرة بان المرعي
هناك مصلحة الطفل والولي منصوب لينظر له وههنا المطلوب العتق والمرعي
مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب لينظر له وقد ذكرنا في كتاب الرهن
ان بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة وفي الرهن والارتهان فيجوز
ان يعلم لذلك قوله ههنا ولا يبيع بالنسيئة بالواو والحق صاحب الكتاب هناك المكاتب
بالولي في جواز الرهن لكن الذي اطبق عليه عامة الاصحاب واوردوه ههنا
المنع ويشبه ان يتوسط فيقال ان دعت ضرورة الى البيع والرهن في وقت
النهب فله ذلك حفظا للمال وان كان يرى فيه مصلحة لم يمكن منه لانه ليس
ناظرا للسيد حتى يتحمل الخطر لمصلحة يراها بخلاف الولي انتهى وعبارة الروضة
وسبق في كتاب الرهن وجه ان المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة والرهن
والارتهان والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق انتهى واقتضى كلامهما هنا ان
الصحيح هو الوجه المشار اليه وذكرت في الغنية ثم ان النصوص في الام والمختصر

و البويطي في كتاب الرهن والكتابة تدل على ان المكاتب كالولي حرفا بحرف
يرهن الا لضرورة وقال في المكاتب لا يسع بدين فاختلفوا فقيل تبيع كالولي
وقيل لا وعن الشيخ ابي حامد انه نص في الام على ان المكاتب يبيع نسيئة ويأخذ
الرهن وذكرنا انه الظاهر وهو عكس ما قدمناه اول الفرع وذكرنا ثم ان مما
يجوز له الارتهان فيه بلا خلاف بغير اذن ان يكون له دين قديم موجل او حال
وتعذر اخذه او مستحدث عن قرض حيث يجوز للولي الاقراض وقال المصنف
في تنقيح الوسيط هناك ان حكم المكاتب حكم ولي الطفل على الصحيح المنصوص
وفيه وجه مشهور انتهى وهذا ابين مما ذكره الرافعي والفرق السابق بينهما
من كلام الامام ونصرته فيما علمت لم ار لغيره قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ
قوله من اهل العلم على ان للمكاتب ان يرهن ما فيه له صلاح واختلفوا فيه يرهن وحكي
عن ابن قتيبة انه لا يجوز **قال** والا فلا اي وان كان فيه خطر او
تبرع كالاباء والهبة والهدية والصدقة والضيافة والنفقة على الاقارب
والضمان والاقراض بلا ضرورة والبيع بمحاباة وتعجيل الموجل للاجنبي وغير
ذلك من التبرعات بمنافع بدنه او اعيان امواله فلا يستقل به بلا خلاف وعد
من صور الخطر نسيئة والتلف ودفع ماله قراضا ونحو ذلك لان المقصود تحصيل
العتق فيحتاط له ولان حق السيد غير منقطع عما في يده وقد يعجز فيرق وقضية
الحاقه بولي اليتيم جواز مقارضته بما في يده والذي نص عليه صريحا والاصحاب
المنع قالوا ولو اخذ مال الغير قراضا لان الخطر على المالك لا عليه وهذا الكلام
غير سيده لما ستعرفه وضابط التبرعات المردودة كل ما يحسب من الثلث اذا
تبرع به في مرض الموت قال الشيخ ابو محمد ولا يحل له التبسط في الملابس والمآكل
ولا يتكلف فيهما التقتير المفرط قلت وكذلك حكم المسكن وقال الماوردي
لا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج اليه من ماكوله وملبوسه ومن يلزمه نفقته
من زوجة وولد ما لم يخرج فيهما الى حد السرف فاما نفقته في ملاذه فما كان منها
معهودا لمثله لم يمنع منه وما خرج عن المعهود منع منه انتهى **قال** ويصح باذن
سيده في الاظهر لان المنع انما كان لحق سيده وقد زال باذنه والثاني لا لانه

ناقص الملك والسيد لا يملك ما في يده فلا يصح باجتماعهما ونظرا الى حق الله
في تحصيل العتق وفي بعض الصور طرق منها الخلع بالاذن اظهرهما على
القولين وقيل بالمنع قطعا وقيل عكسه وفي اقراضه لسيده وهبته لولده
الصغير ونحوه اذا قبل له السيد او باع من سيده بمحاباة او اشترى منه
كذلك او عجل له دينا موجلا غير النجوم طريقان المذهب انه على القولين وقيل
يصح قطعا واختار الشيخ ابو محمد لان له ان يعجز نفسه فيجعل جميع ما في
يده لسيده الحتمي كانه يبيع لا شغال الناس بمثله او هبة او صدقة فذلك
جائز لسيده لانه مال لعبده فياخذه كيف شاء وكذلك ما باع السيد من
مكاتبه ويجوز بينهما التفاضل فيما باع السيد من المكاتب او المكاتب من السيد
وان كثر لانه لا يعدوا ان يكون مالا لاحدهما **قال** ولو اشترى
من يعتق على سيده اي او وهب للمكاتب او اوصى له به فقبل صح اي
وكان الملك فيه للمكاتب كغيره من العبيد فان عجز وصار لسيده عتق كما
لو ورثه او اوصى له به فقبله قال الرافعي ولم يقولوا انه يمنع من صرف المال
الى عوض من عساه يعتق على السيد ولا نظر الى لزوم النفقة اذا عتق عليه
وانما اعتبروا الحال قال ولو اشترى بعض من يعتق على السيد او اتهبه
او قبل الوصية صح ايضا واذا رق عتق ذلك الشقص على السيد وهل
يسري الى الباقي اذا كان السيد موسرا ينظر ان عجز المكاتب نفسه من غير
اختيار السيد فلا يسري كما لو ورث بعض قريبه وان عجزه السيد فوجهان
قال او عليه اي او اشترى المكاتب من يعتق عليه من اصوله
او فروعه لو كان حرا لم يصح بلا اذن اي لما فيه من تضرره بوجوب الانفاق
عليه وتعذر التصرف فيه بالبيع **قال** وباذن فيه القولان اي
في تبرعاته وقيل بالصحة قطعا لانه حصل له في مقابلته شيء ولانه قد يستفيد
من اكسابه ما يعينه وضعف بان هذا لو كان مقصودا لجاز بدون الاذن
قال الرافعي وغيره ولو وهب منه قريبه او اوصى له به فان لم يقدر على الكسب
لهرم او زمانة وعجز وكان يلزمه نفقتهم لم يجز له قبوله وقيل يجوز له ان يقبل

الدم فقد يكتسب من غير عمل واختاره الصيمري وان كان كسوبا يقوم
بكفايته نفسه جاز قوله بل ينبغي اذ لا ضرر عليه في القبول قال
فان صح اي الشرى يكاتب عليه فيعتق بعتقه ويرق برقه وليس له بيعه وفيه
وجه حكاه الماوردي وغيره وزيفه الامام قال الامام ولو صح للزم منه
تجويز بيع ولد من جاريته فان طرده كان خارقا للاجماع وان لم يطرده
كان ناقضا لمذهبه انتهى ولا يجوز لاحد ان يملك اباه فيبيعه ويكون
نفقته في كسبه وما يفضل للمكاتب يستعين به في اداء النجوم فان مرض
او عجز انفق المكاتب عليه لانه من صلاح ملكه وان جنى القريب على انسان
بيع في الجناية وليس للمكاتب ان يفديه بخلاف ما لو جنى عبده لان الرقبة
سبق له فيصرفها الى النجوم قال ولا يصح اعتاقه وكتابته باذن
على المذهب سبق انه لا يصح اعتاق المكاتب عبده بلا اذن بلا خلاف
واما باذن السيد فمرتب على سائر التبرعات الجارية باذنه ان لم يصححها
فالعتق والكتابة اولى بالمنع وان صححناها فقولان اصحهما المنع ايضا
لانهما يعقبان الولاء وليس المكاتب اهلا لثبوت الولاء له كالرق ويحصل
من هذا الترتيب طريقان كما ذكر الشيخ اظهرهما ان فيه قولين نص عليهما
في الام والمختصر والثاني القطع بالمنع وقضية كلام المصنف واصطلاحه
ترجيحها اشارة ما ذكره الشيخ هو في اعتاقه عن نفسه سواء كان عن كفارة
او تطوعا اما لو اعتق عن سيده او عن غيره باذن سيده فهو كسائر التبرعات
بالاذن فيصح على الاظهر ولا يجي فيه الطريقة القاطعة بالمنع لان المعتق عنه
من اهل الولاء ولو اعتق عن غيره بعوض المثل فان صح قطعا لانه بيع قال

فصل الكتابة الفاسدة لشرط او عوض او اجل فاسد كالصحيحة في استقلاله
بالكسب لانه يعتق فيها بالاداء كالصحيحة والاداء انما يكون من الكسب
فيكون بمنزلة الصحيحة فيه ممكن من التردد والتصرف ليودي المسمى ويعتق
فان فضل شي من كسبه فهو له وليس لنا عقد فاسد يملك به كالصحيح الا هذا
قال واخذ ارش الجناية عليه ومهر شبهة لان ذلك من الكسب او

نفعلم ما للاداء
وهو التعليق

بمنزلته قال وفي انه يعتق بالاداء وسعد كسبه كما في الصحيحة
وفاء بالتشبيه اشارة كلامه يفهم انها كالصحيحة في هذه الاشيا فقط
وعليه ينطبق قول القاضي الحسين وغيره انها توافق الصحيحة في اربعة
اشياء في العتق بالاداء واستتباع الكسب والولد على المذهب وفي استحقاقها
مهر وطي الشبهة وارش الجناية وعبارة البغوي وغيره توافق الصحيحة
في حكمين احدهما ان كسبه له حتى مهر الوطي بالشبهة والارش والثاني اذا
عتق بالاداء تبعه الولد والكسب الباقي بعد المال وهي طريقة القاضي الحسين
وذكر الامام والغزالي وغيرهما انها كالصحيحة في سقوط نفقته عن سيده
ووجوبها على نفسه وفي معاملته له والذي اورده البغوي انه لا يجوز معاملته
السيد وانه لا ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة قال
الرافعي في شرحه الكبير ولعل هذا اقرب انتهى والمذكور في فتاوى القفال
انه ليس له ان يتصرف ويبايع مولاه ويستحق النفقة على السيد انتهى ويويده ان
الرافعي وغيره جزموا بان فطرته على سيده قال وكالتعليق اي بالصفة
المحضة في انه لا يعتق بابراء اي ولا باداء الغير عنه ولا بالاعتياض عما
سمي لعدم حصول الصفة قال وتبطل بموت سيده اي فلا يعتق بالدفع
الى وارثه بخلاف الصحيحة لان الفاسدة جايزة من الجانبين فابطلها الموت
والحاقا بسائر التعليقات المعتبر وجودها في حياته قال وتصح الوصية
برقبته اي ان علم فسادها قطعا وكذا ان ظن صحتها على الاظهر كما لو باع ما ظنه
لغيره وهو له قال ولا يصرف اليه سهم المكاتبين اي على الاصح
المنصوص لانها غير لازمة كالمخارجة ووجه الجواز انه يتوصل بها الى العتق
وهو مستقل بالاكساب قال ويخالفهما اي يخالف الفاسدة الكتابة
الصحيحة والتعليق معا في ان للسيد فسخها اي متى شاء بالفعل وكذا بالقول
على الصحيح لان المسمى فيها لا يسلم للسيد كما سياتي فاذا فسخ ثم ادى المسمى لا يعتق
لانه وان كان تعليقا فهو في ضمن معاوضة فاذا ارتفعت المعاوضة ارتفع
ما تضمنته من التعليق قال وانه اي السيد لا يملك ما ياخذه اي

نقطع

لفساد العقد بل يرجع المكاتب به اي بالماخوذ ان كان له قيمة كما قاله
المحرر احترازا عن الخمر ونحوه مما لا قيمة له وعبارة المنهاج توهم ارادة غير
المثلي ولا شك انه يرجع بما دفعه من المسمى مثليا كان او متقوما ان كان باقيا
نعم وان كان تالفا فبدله **قال** وهو عليه اي و السيد على العبد
بقيمته اي قيمة رقبة العبد يوم العتق لانه وقت التلف وفي قول ضعيف
بقيمته يوم العقد **قال** فان تجانسا فاقوال التقاص وسياتي بيانها
ويرجع صاحب الفضل به اي ان كان له فضل وانما يثبت التراجع اذا كان
المسمى المقبوض مالا فان كان خمرا او نحوه لم يرجع المعتق على السيد بشيء ويرجع
السيد عليه بقيمة رقبته وعن هذا احترز بقوله ان كان متقوما كما بيناه
واعلم ان الكتابة الفاسدة تخالف الصحيحة في احكام كثيرة غير ما ذكره وذكر
في الروضة منها وربما فهم عنه الحصر ويوهم ذلك قول جماعة وتبعهم ابن الرفعة
وتخالفهما في عشرة اشياء وليس كذلك فمنها انه ليس له السفر بلا اذن على
الاصح بخلاف الصحيحة على الاظهر من طرق بيتها في التتمة وانه لا يجب فيها
الايتاء على الصحيح وانه لا يصح الوصية بنجومها وانه لو اعتقه لا عن جهة
الكتابة او وهبه كان فسخا لها وانه لو اعتقه عن كفارة كان فسخا لها على
الصحيح المنصوص وانه اذا اعتق عن جهة الكتابة لا يتبعه الكسب والولد
وانه في الانتفاط كالقن على الاصح وانها تبطل بجنون السيد واغمائه والحجر
عليه كما سياتي وانه لا يعامل سيده على اقوى الوجهين وهو القياس وان
فطرته على سيده كالقن وانه لا يعتق بتعجيل نجومها على الاصح وانها لو عجزت
عن الاداء فيها او فسخ الكتابة قبل عجزها لم يجب الاستبراء على الاصح وانه لا
يحرم وطؤها على احد الوجهين وينبغي بناء وجوب المهر فيها عليهما وليبطل هل
يتوقف تزويج هذه على اذنها ام لا وانه لا يخالف فيها كما دل عليه نص الام وانه
لا يصح حوالته لسيده بالنجوم لوضوح الفرق بين الكتابتين ولم اره نصا
وانه لا يشترط حضور تنجيزه وابطالها بل يجوز بمشهده وغيبته قال الماوردي
ويشهد عليه لقطع التجاحد لا انه شرط والظاهر ان له تزويجها بلا اذن منها

فرع قال الروياني في التجربة لو اقر المكاتب بجناية توجب
المال قبل على الصحيح من المذهب وغلط من قال غيره انتهى وتشبه ان تفرق
بين ذي الكتابة الصحيحة وضدها **قال** قلت اصح اقوال التقاص
سقوط احد الدينين بالآخر بلا رضى لان مطالبة كل واحد منهما بمثل ما عليه
عبث لا ثمرة له ولذلك لو كان له على وارثه دين فمات سقط ولا يؤمر بتسليمه
والثاني برضاهما لانه ابدال ذمة بذمة فاشبه الحوالة تعتبر فيها رضى المحيل
والمحتال والثالث برضى احدهما لان للمدين ان يقضي من حيث شاء فاذا رضي
احدهما فقد وجد القضاء منه والرابع لا يسقط اي وان تراضيا لانه بيع
دين بدين وقد ورد النهي عنه والله اعلم واذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب
وبرئ ذمته عن النجوم عتق كما لو ادى واعلم ان هذه مسئلة مهمة كثيرة
الوقوع فيتعين تحريرها وبيان ما وقع في فروعها وغيرها من الاضطراب وايضاح
ذلك بذكر امور احدها قول المصنف فان تجانسا لا شك انه لا يكفي مجرد
التجانس فنقول اذا ثبت لكل واحد من شخصين على صاحبه دين بجهة واحدة
او جهتين كسلم وقرض او قرض وثمن فاما ان يكونا نقدين او لا فان كانا نقدين
نظر ان كانا من جنس واحد واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه
الاقوال الاربعة وان اختلفا في الصفات كالصحة والتكسر او الحلول
والتاجيل او مقدار الاجل فلا يصير احدهما قصاصا بالآخر ولو تراضيا
بحمل الحال قصاصا بالمؤجل لم يجز وقيل يجوز ولو كانا مؤجلين باجل واحد
فالاوجه عند الامام انهما كالحالين والصحيح في التهذيب انهما كالمختلفي الاجل
قال الرافعي وتردد الامام في مجيء القول بالتساقط بلا رضى وعلى رواية الصحيح
التهذيب اقتصر في شرحه الصغير وهو قضية ما نقل عن البندنيجي وقال
في الروضة ولو اتحد الاجل فهل هما كالحالين ام كمختلفي الاجل فيه وجهان
ارجحهما عند الامام الاول وعند البغوي الثاني انتهى وعبارة الامام
ولو تصادف دينين مؤجلين فهذا فيه احتمال عندي والاوجه اجراء ثلاثة اقوال
ما سوى القول بالتساقط من غير رضى فليست ادري له وجها والاجل عند المهل

كان وليس ببعد جريان هذا القول ايضا انتهى وعبارة البسيط
وان ثبت دينان موجلان باجل واحد ففي اجرا الاقوال احتمال قبل حلول
الاجل وينبغي ان لا يجري لان من مات حل اجله وذلك متوقع لكل واحد
ولا يدري من يموت انتهى فتنقل الروضة عن الامام واصلها مدخولا الثاني
ان يكونا من جنسين بان كان احدهما دراهم والاخر دنانير فلا مقاصة
والطريق ان ياخذ احدهما ماله على صاحبه ثم ان شا اجعلا المقبوض
عوضا عما على الآخر قال الروياني لان دفع العوض عن الدراهم والدنانير
في الذمة يجوز ولا حاجة الى قبض الحقين معا وان لم يكن الدينان نقدين
فان كانا من جنس واحد فعن صاحب التقريب ان التقاص على الاختلاف
المذكور اذا اجريناه في النقدين فعن ذوات الامثال وجهان لظهور التفاوت
واذا اجريناه في ذوات الامثال من العوضين الموصوفين في الذمة وجهان
بالترتيب لان التفاوت فيهما اكثر قال الرافعي والذي اورده العراقيون
وغيرهم ان التقاص لا يجري في غير الاثمان من العروض وغيرها وفرق الشيخ
ابو حامد بان العقد على الاثمان ليس عقد معاوضة ومرابحة لغلبة الاختلاف
فيها فالتقاص فيها قريب بخلاف ساير الاموال وان كانا جنسين فلا مقاصة
وان تراضيا بل ان كانا عرضين فينبغي ان يقبض كل واحد منهما ما على الآخر
فان قبض احدهما لم يجز رده عوضا عن المستحق للمردود عليه لانه بيع عرض
قبل القبض الا ان يكون ذلك العرض مستحقا بقرض او اتلاف هكذا
فصل ابن الصباغ والروياني وغيرهما هذا ما اورده الامام الرافعي رحمه الله
الثالث قول الرافعي والذي اورده العراقيون وغيرهم ان التقاص
لا يجري في غير الاثمان من العروض وغيرها فيه نظر من حيث الترجيح والنسبة
وقال في اصل الروضة اذا لم يكن الدينان نقدين وان كان جنسا فالمذهب ان
لا تقاص وبه قطع جمهور العراقيين وغيرهم وقيل هو على الاقوال وقيل ان
كانا من ذوات الامثال فعلى الاقوال فلا تقاص قطعا انتهى ومقتضى ما في
النهاية والبسيط وغيرهما ان الاصح جريان التقاص في ذوات الامثال

والاً

كالنقود

كالنقود وهو نص الامام الشافعي في الام كما رايته ولفظه ولو حرق
السيد للمكاتب ما يبلغ صاع حنطة مثل حنطته والحنطة التي على المكاتب حالة
كانت قصاصا وان كره سيد المكاتب وان كانت خيرا او شرا من حنطته
لم يكن قصاصا حتى يرضى المكاتب اذا كانت الحنطة المحرقة خيرا من الحنطة التي
عليه ان يجعلها قصاصا او يرضى السيد ان يجعلها قصاصا اذا كانت الحنطة
التي حرق شرا من الحنطة التي له على المكاتب فلا يكون قصاصا الا بان يجعلها
المكاتب برضاه على السيد وهكذا اذا كان مكان الحنطة حناء على المكاتب لم يختلف
هذا انتهى نصه بحروفه وبجريان الاقوال في المثليات جزم صاحب المهذب وغيره
وعليه ينطبق ما في مفتاح المحاملي وحكى ابن الرفعة عن البندنيجي انه قال ان الاصحاب
لم يختلفوا في ان الخلاف في التقاص لا يجري الا في الدراهم والدنانير خاصة
ولا فرق بين ماله وسلم وغيره قال وهم في ذلك مخالفون نص الشافعي رضي الله عنه
لا عن قصد ولكن لقلة نظرهم في كتابه فقد نص في باب الجناية على المكاتب من الام
ان التقاص يقع في الطعام فقال لو حرق السيد على المكاتب ما يبلغ صاع حنطة مثل
حنطته والحنطة التي على المكاتب حالة كان قصاصا وان كره المكاتب فان كانت
خيرا لم يكن قصاصا الا برضى من له الاجود ان يكون قصاصا قال فقد نص على ان الاقوال
تاتي في كل ما ثبت في الذمة من مثلي ومتقوم والاقوال تجري في ساير الديون
المتساوية في الصفة والحلول والتاجيل انتهى الرابع اعلم ان قضية كلام
الرافعي والمصنف وغيرهما في كتاب الجراح في الكلام فيما اذا ورث القصاص
اثنان فبادر احدهما فقتل الجاني ان التقاص يجري عند الاصحاب في الديات
مطلقا كما يجري في النقدين ثم قالا في آخر المسألة من صور مجرى الخلاف في التقاص
كذا اطلقه الاصحاب وفيه نظر لان شرط التقاص استوا الدينين في الجنس
والصفة حتى لا يجري اذا كان احدهما موجلا والاخر حالا او اختلف اجلاهما
وهنا احد الدينين في ذمة المبادر لورثة الجاني والآخر يتعلق بتركة الجاني
ولا يثبت في ذمة احد وهذا الاختلاف اشد من اختلاف قدر الاجل
انتهى الخامس اغرب صاحب الخصال وغيره من المتقدمين فاجروا

التقاص في القصاص نفسه بل جزموا به كما بيّنته في الجنايات وانكره
المصنف في التصحيح وشذذه واعلم ايضا انهم اطلقوا الكلام في النقدين
والظاهر ان المراد النقد الخالص اما المغشوش فان منعنا التعامل
عليه في الذمة فلا يخفى حكمه وان جوزنا كما هو المرجح فالظاهر انه في التقاص
كالخالص عند الاستواء في الغش وغيره من الصفات **السادس** حكى
الرافعي عن تعليق الشيخ ابي حامد ان القول المرجح وهو سقوط احد الدينين
بالآخر بلا رضى هو المنصوص وقال ان مقابله يحكى عن نصه في الصرف فافهم
ان القولين الآخرين غير منصوصين وليس كذلك بل الاقوال الاربعة
منصوصة قال الامام نص عليها الشافعي في ابواب متفرقة وقال الماوردي
في كلامه على الكتابة الفاسدة نص الشافعي على جميعها في هذا الكتاب ولعل الدارمي
فحكاها وجوها وهو نسخ **السابع** قضية اطلاق الشيخين وغيرهما انه متى
ثبت التقاص بلا رضى سقوط احد الدينين بالآخر من غير فرق بين شخص وشخص
وقال الرافعي في كلامه على الاعسار بالنفقة لو كان له عليها دين فامرها بالانفاق
منه فان ايسرت فلا خيار والا فلها الخيار لانها لا تصل الى حقها من ماله والمعسر
منظر وقضية اطلاقه وغيره انه لا يجري التقاص هنا وحكى في البحر هذا عن المجرد
وعلله بانه ليس له ان يطالبها بما عليها اذا كانت معسرة ثم قال يجب ان يكون
هذا على قولنا ان المقاصة لا تثبت الا بالتراضي فان قلنا يتقاصان بوجوبهما
فيجب ان يسقط احدهما بالآخر انتهى ما قاله وهو ظاهر ولعل من قال ذلك بناه على
ان التقاص لا يجري في المثليات بل يختص بالنقدين واما اذا قلنا به كما سبق
وقلنا بالقول المرجح فالوجه جريانه في النفقة والله اعلم **فائدة** سبق
في باب الربا انه يجوز التصرف على الذمة وكذا بيع الطعام الموصوف في الذمة بمثله
على الاصح والظاهر انه لا يجري التقاص في ذلك وقد يفهم من اطلاق بعضهم
هنا جريانه وليس بمراد وقد صرحوا هنا بانه لا بد من التقابض الحقيقي فاعلم
فائدة الذي يفهمه كلام المصنف وغيره هنا ان حكم الكتابة الفاسدة
ما قدمه من التراجع وغيره سواء علم السيد بفساد الكتابة او العبد ام اعتقدا

صحتها

صحتها نظرا الى التعليق ووجود الصفة ورايت في كتاب البويطي
ما لفظه وان كاتب رجل عبده كتابة فاسدة بالف درهم فان علم بها قبل
ان يؤدي فالكتابة باطلة وما اخذ السيد له وان لم يعلم بها الا بعد ما
اخذه فرجع فالعتق جائز ثم ذكر التراجع ثم قال وانما جاز عتق العبد بالصفة
كرجل قال لعبده اذا جئتني بالف درهم فانت حر فعتق بالصفة ثم يتراجعا
فضل ما بين القيمة لانه بمنزلة البيع الفاسد ولانه كتابة فاسدة هذا نصه
بحروفه **قال** فان فسخها السيد فليشهد اي احتياطا ودفعا للتجاحد
لان الاشهاد شرط للفسخ كما قاله الماوردي وغيره **قال** فلو ادى
المال فقال السيد كنت فسخت فانكره صدق العبد بيمينه اي لان الاصل
عدم الفسخ وعلى السيد البينة **قال** والاصح اي عند الاكثرين وظاهر
النص بطلان الفاسدة بجنون السيد واغمائه والحجر عليه لا بجنون العبد
لان الحظ فيها للعبد لا للسيد قال الرافعي لانها تبرع فيؤثر فيه اختلال عقل
السيد دون اختلال عقل العبد وايضا فان العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة
ورفعها صحيحة كانت او فاسدة وانما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ **قلت** وفي
هذا نظر قال وايضا فالصحيحة جائزة من جهته ولا تبطل بجنونه فكذلك الفاسدة
والثاني تبطل بجنونهما لجوازها من الطرفين **والثالث** عكسه وصححه
الامام لان المغلب فيها التعليق وهو لا يبطل بالجنون ولانها وان كانت
جائزة فمصيرها الى اللزوم كالبيع في مدة الخيار واذا قلنا لا تبطل بجنون
العبد فافاق وادى المسمى عتق وثبت التراجع وكذا لو اخذ السيد في جنونه
قال الاصحاب وينصب الحاكم من يرجع له وينبغي ان يقال لا يعتق هاهنا
باخذ السيد وان قلنا في الكتابة الصحيحة انه يعتق لان المغلب هنا التعليق
والصفة المعلق عليها الاداء من العبد ولم يوجد هذا ما اورده الرافعي
نقلا وبحثا **تنبيهان احدها** قوله وينصب الحاكم كذا قاله الاصحاب
وحكوه عن النص ووقع في الروضة وينصب السيد بدل الحاكم قال من شرح
الكتاب وهو الصواب وهذا عجيب الثاني قول المصنف والحجر عليه يشمل

حجر السفه والفلس وانما صرحوا بالاول واذا قلنا يبطل فاذن المسمى
لم تعتق في الاصح لارتفاعها **فصل قال** ولو ادعى كتابة فانكر سيده
او وارثه صدقا اي الاصل عدمها **قال** ويحلف الوارث على
نفي العلم اي والسيد على البت جريا على القاعدة فيهما **قال** ولو اختلفا
في قدر النجوم او صفتها تحالفا اي كما سبق في البيع وغيره ثم القول فيمن
يبدا بالحلف وفي كيفية اليمين على ما تقدم في البيع **قال** ثم اي بعد
التحالف ان لم يكن قبض ما يدعيه لم ينفسخ الكتابة في الاصح بل ان لم يتفقا
فسخ اذا تحالفا ان لم يحصل العتق باتفاقهما بان لم يقبض السيد شيا او لم
يقبض جميع ما يدعيه فينفسخ الكتابة او يفسخها الحاكم ان لم يتراضيا على شي
فيه الخلاف المذكور في البيع قال الرافعي في شرحه الصغير والكبير والظاهر
الثاني ولم يذكرا استقلالهما هنا ولا استقلال العبد ولا شك في استقلاله
بعد التحالف كما قبله واولى اما السيد ففيه نظر وقد اوضحت ذلك في ينبوع
الغنية وبينت فيه نفايس **قال** وان كان قبضه اي قبض السيد
ما ادعاه بتمامه وقال المكاتب بعض المقبوض وديعة يعني او دفعته اياه
ولم ادفعه اليه عن جهة الكتابة وانما دفعت اليه عن جهة الكتابة المقدار
الذي ادعيته فقط لا ما زاد عليه **قال** عتق اي لاتفاقهما على
وقوع العتق على التقديرين ورجع بما ادى اي جميعه والسيد بقيمته
اي قيمة العبد وقد يتقاصان اي ان وجدت شروط التقاص كما سبق بيانه
قال ولو قال كاتبتك وانا مجنون او محجور علي فانكر العبد صدق
السيد ان عرف سبق ما ادعاه اي بيمينه لقوة جانبه بذلك والا فالعبد
اي وان لم يعرف سبق ما ادعاه صدق العبد لضعف جانب السيد والاصل
عدم ما ادعاه وسكت الشيخ عما لو قال السيد كاتبتك وانا صبي والظاهر
تصديقه بيمينه اذا احتمل سيما وقوله كالمخرج في نظاير **قال** ولو قال
وضعت عنك النجم الاول او قال البعض فقال بل الكل او الاخر صدق
السيد اي بيمينه لانه اعرف بفعله وارادته **قال** ولو مات

عن

عن ابنين وعبد فقال كاتبني ابوكما فانكرا صدقا اي بيمينهما على نفي العلم
بذلك فان حلفا فذاك وان نكلا وحلف العبد اليمين المردودة ثبتت
الكتابة وان حلف احدهما فقط رق نصيبه ورد اليمين في نصيب الناكل
فان اقام العبد بينة اشترط رجلان لان المقصود الحرية لا المال
قال وان صدقاه فمكاتب اي اذا كانا اهلا للتصديق كما لو
اقام بينة **قال** فان اعتق احدهما نصيبه فالاصح لا يعتق بل يوقف
فان ادى نصيب الاخر عتق كله وولاؤه للاب لانه المعتق **قال**
وان عجز قوم على المعتق ان كان موسرا اي وبطلت كتابة الاب وكان
للابن المعتق ولاء الكل والا اي وان لم يكن موسرا فنصيبه حر
والباقي قن للاخر هذا ما صححه البغوي وقال ان قضية كلام المختصر
قولين في عتق نصيبه اصحهما هذا يعني الوقف والثاني العتق قال
الرافعي وهو المشهور الذي اطلقه عامة الاصحاب **قال** قلت
بل الاظهر العتق والله اعلم فتبين ان الخلاف قولين وان المرجح حصول
العتق في الحال لا الوقف وهو المذهب **قال** وان صدقه
احدهما فنصيبه مكاتب ونصيب المكذب قن اي بيمينه وفي نصيب
المصدق قول مخرج ان الكتابة لا تثبت فيه لانها لا تتبعض والمنصوص
المشهور ثبوتها وهذا استعراض الضرورة اليه بخلافه في الابتدا ثم
اذا حكمنا بالمشهور فنصف الكسب له يصرفه في نجومه ونصفه للمكذب
فان اتفقا على مهاياة جاز ولا اجبار عليها على الاظهر ولا تقدير للنوبتين
في المهاياة وفي كتاب ابن كج انها تجوز يومين يومين وثلاثة ثلاثة فان
زادت كسنة وسنة ففي الجواز وجهان **قال** فان اعتقه
المصدق فالمذهب انه يقوم عليه ان كان موسرا ○ قال الرافعي فيه
طريقان قال الاكثرون في السراية قولان كما لو صدقاه معا الا انا اذا قلنا
بالسراية فههنا تثبت السراية في الحال ولا يجيء القول الاخر يعني من انها
تكون عند العجز لان صاحبه منكر للكتابة فلا يمكن التوقف الى العجز وقيل

ثبت السراية بلا خلاف في الحال وهو ما في الوجيز لان منكر
الكتابة يقول هو رقيق لهما فاذا اعتق احدهما ثبتت السراية بقوله
انتهى وعبارة المنهاج تفهم موافقة هذه الطريقة والعبارة الوافية
بالغرض المفصحة عنه ان يقال فالاظهر كذا وقيل قطعا وبقي من المسألة
تفريعات طويلة وزيادات مملة اعرضنا عنها وعن كثير من مسائل
الباب وفروعه لندرة الكتابة في هذه الاعصار فهي من الفقه المهجور
استعماله فلا يصح الوقت في تفاريعه واستقصائها **فروع**
لو قال السيد كاتبتك على نجم واحد فقال العبد بل على نجمين قال البغوي
صدق السيد بيمينه لانه يدعي فساد العقد واقره الشيخان ولعل
البغوي انما قاله لانه يرى في البيع ان القول قول مدعي الفساد على خلاف
الاصح المنصوص وظاهر النص في الام انهما يتحالفان في هذه الصورة حيث
قال في اول اختلاف السيد والمكاتب واذا تصادقا على انه كاتبه كتابة
صحيحة فاختلفا في الكتابة فقال السيد كاتبتك على الفين وقال العبد
على الف تحالفا كما يتحالف المتبايعان الحران ويترادان وكذلك ان
تصادقا على الكتابة واختلفا في الاجل فقال السيد تؤديها في شهرين وقال
العبد في ثلاثة اشهر او اكثر وسوا كان المكاتب ادى من الكتابة شيا
كثيرا او قليلا او لم يؤد انتهى ٥ قال الشافعي ولو ادعى على سيده انه كاتبه
واقام بينة بكتابته ولم يقل البينة على كذا او الى وقت كذا لم تجز الشهادة
وكذا لو قالت كاتبه على مائة دينار ولم تثبت في كم يؤديها وكذا لو قالت
كاتبه على مائة دينار منجمة في ثلاث سنين ولم تقل في كل سنة ثلثها او اقل او
اكثر لا تجوز الشهادة حتى توقت المال والسنين وما يؤدى في كل سنة فاذا
انتقصت البينة من هذا شيا سقطت وحلف السيد وكان العبد مملوكا
ان نكل حلف العبد وكان مكاتبا على ما حلف عليه ٥ قال الشافعي ولو اقام
بينة انه كاتبه وادى اليه فعتق فقامت له بينة انه اقر بانه كاتبه على انه ان
ادى فهو حر وانه ادى اليه وجحد السيد وادعى ان الكتابة فاسدة اعتقته

عليه

عليه واحلفت العبد على فساد الكتابة فان حلف برئ والا حلف السيد
وبرئ ادا القيمة هذه نصوصه بحروفها رضي الله عنه ٥ قال الشافعي رضي
الله عنه في كتاب البويطي رحمه الله وجرى عليه الاصحاب اذا كاتب
الرجل عبدين فاقر انه قد استوفى من احدهما ولم يتبين حتى مات اقرع
بينهما فايهما خرج اسمه عتق وبالله التوفيق والاستعانة ٥ ٥

كتاب امهات الاولاد

افتتحه الامام الرافعي بحديثين غريبين الاول عن ابن عباس رضي
الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة
عن دبر منه والثاني عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
اذا ولدت امة الرجل منه ومات عنها فهي حرة وافتتحه في المحرر بما رواه
ابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم قال في مارية حين ولدت ابرهيم اعتقها ولدها
قال ابن عبد البر ولا يثبته اهل الحديث قال وكذلك حديث ابن عباس يعني
الحديث السابق ثم قال ولا يصح من جهة الاسناد لانه انفرد به حسين بن
عبد الله وهو متروك الحديث نعم قصة مارية رواها قاسم بن اصبغ في مصنفه
باسناد كله ثقات وحكم ابن حزم بصحته واعله غيره برواية ابن ماجه من طريق
حسين المذكور ولا احسب في الباب حديثا مسندا صريحا صحيحا واعتمد
الشافعي رحمه الله على ما رواه مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر رضي
الله عنه قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا
يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة قال البيهقي وغيره وهذا الاثر
هو الاصل في الباب **قال** اذا احبل اي الحر امته فولدت حيا
او ميتا او ما تجب فيه غرة عتقت بموت السيد اما في الحي والميت فلاثر عمر
رضي الله عنه ورواه البيهقي والدارقطني من رواية ابن عمر مرفوعا وصوبا
وقفه قال شارح وابى ابن القطان ذلك فصحح الرفع ومما علل به ما روى ابن
حزم في قصة مارية ما رواه الثوري عن ابيه عن عكرمة ان عمر ابن الخطاب قال في

ام الولد اعتقها ولدها وان كان سقطا قال البيهقي فرجع الحديث الي
قول عمر رضي الله عنه **اشارات** قوله او ما يجب فيه غرة سبق
بيان ذلك في الجنايات والعدد قال الاذرعي هنا وكذلك لو وضعت
عضوا وضعت عضوا وضعت الباقي او لم تضع ۞ ولا فرق فيما ذكر من
عتقها بموت السيد بين كون المحبل عاقلا او مجنونا رشيدا او محجورا عليه
بسفه مختارا للوطء او مكرها عليه نعم لو كانت مرهونة او جانية وهو مفلس
ومات مفلسا بيعت فيهما على المذهب وفي معناها المحجور عليه بالفلس اذا اولد
امته بعد الحجر عليه ۞ قد تفهم قوله احبل اعتبار فعله حتى لو استدخلت ذكره
وهو نايم او مغمى عليه او سكران او استدخلت ماء المحترم فحبلت منه انها لا تعتق
وليس كذلك فيما يظهر ۞ انما قيدت قوله اذا احبل بالحر احترازا من المكاتب
فانه لو احبل امته ثم مات رقيقا قبل العجز او بعده لم تعتق بموته وهذه
الاشياء وان كانت واضحة فقد تغفل عنها المبتدي ونحوه ولا يستحضرها
من ابوابها ۞ حكى القاضي الحسين وغيره عن القديم ان المستولدة لا تعتق بموت
السيد ويكون الاستيلاد كالاستخدام وحمل على حكاية مذهب الغير وذكر بعضهم
انه تلخص له عن الشافعي نفسه في المسألة اربعة اقوال وفيه نظر قال وفي
المسألة من حيث هي ثمانية اقوال للناس هكذا قال **قال** او امة
غيره بنكاح فالولد رقيق لانه تبع الام ويستثنى من غرر بحريتها كما سبق بيانه وما
اذا كان سيدها ممن يعتق عليه الولد لكونه بعضا له فان الولد يكون حرا
قال ولا تصير ام ولد اذا ملكها اي من بعد بذلك الاحبال السابق
على ملكه لان امومة الولد انما تثبت لما تبعا لحرية الولد وهو هنا رقيق وخرج
قول من ما اذا اولد المرهونة ولم تثبت الاستيلاد وبيعت في دينه ثم ملكها
قال البندنيجي ولا يتصور عندنا ان تعلق الامة بولد مملوك ثم تصير ام ولد
به الا في صورة واحدة على قول وهي ما اذا احبل المكاتب امته **تنبيه**
دخل في اطلاق المصنف ما لو ملكها الزوج حاملا وهو صحيح لكن يعتق الولد
عليه بالملك صرح به المحرر وصورته ملكها حاملا ان تضع قبل ستة اشهر من يوم

ملكها

ملكها او لا يطاها بعد الملك ويلد لدون اربع سنين **قال** او
بشبهة اي بان ظنها زوجته الحرة او امته وغير ذلك ۞ فالولد حر
اي تبعا لظنه اما لو ظنها زوجته المملوكة فالولد رقيق ولا تثبت
الاستيلاد كما جزما به واورد ذلك على اطلاق المنهاج واحترز عنه المحرر
بقوله على ظن انه يطأ زوجته الحرة او جاريته نعم حكى الامام ذلك عن شيخه
ثم قال ورايت لغير شيخي ما يدل على انه حر كما لو وطئ المغرور زوجته يحسبها
حرة او يظنها جاريته فان الولد حر وان كان الواطئ غير بان امه على وطء حرة
وهو عندي غلط انتهى **تنبيه** قضية قوله بشبهة انه لو وطئ
جارية ابيه او جارية امته ظانا حلها له او اكره على الزنا بامة الغير وصورنا
الاكراه فيه ان الولد يكون حرا ويكون في مصيرها ام ولد له اذا ملكها الخلاف
الآتي مع انه على الصحيح انه لطارئ نفسه للغير وقضيته قولهم ان الولد انعقد
حرا تبعا لظنه الزوجية والملك ان لا يكون الحكم لذلك وهو الظاهر
وحينئذ يرد على المنهاج مسايل فتامله **قال** ولا تصير ام ولد اذا ملكها
اي لانها علقت منه في غير ملكه فاشبه ما لو علقت به في نكاح او زنا
قال المحاملي في المجموع قاله في سائر كتبه وقال في حرملة تصير انتهى وهذا هو
المقابل للاظهر لانها علقت منه بحر قال الرافعي ورايت في تعليق الشيخ
ابي حامد انه القديم وان الاخر يعني المرجح هو الجديد ولا يمتنع كون الباقي
قديما وان رواه حرملة والمزني ويجوز ان يكون نص عليه في الجديد ايضا
ويجري القولان في المغرور اذا ملكها وفيما لو اشترى فاسدا فاولدها على
ظن الصحة **فرع** اغرب الماوردي فقال في الاقناع اذا اصاب
امة غيره بشبهة واولدها كان ولدها حرا وعليه قيمته وتصير ام ولد له
ان ايسر بقيمتها ويوخذ بغرمها للسيد وان كان معسرا فهي على الرق هذا
لفظه فيما لا احص من نسخ الاقناع ولم ار ما ذكره من الحكم بامية الولد في الحاوي
ولا غيره من كتب المذهب وحكاه عنه العجلي في شرحه وسكت عليه ومثله في
الغرابة ما رايته في كتاب غاية الاختصار من قول الشافعي للمزني في اصل قديم

صحيح في كتاب العتق ومن وطي جارية له حبلى من غيره عتق عليه ولدها
اذ او لدته هذه القطعة وعادته فيه اذا ابدى شيئاً او اختاره ان يقول وراي
كذا وكذا والله اعلم **قال** وله وطء ام الولد لما تقدم من الاثر
وهذا حيث لا مانع منه اما لو كانت اخته او كانت مرهونة او جانية وهو معسر
فلا او كانت ممن لا يحل له وطوها لتمجس او غيره ولو اولد مكاتبته صارت ام
ولد ولا يحل له وطوها ما دامت الكتابة الصحيحة **قال** واستخدامها
واجارتها وارش جناية عليها اي لبقاء ملكه كالمدبرة وكذا له ارش الجناية
على اولادها التابعين لها نعم لو كانت مكاتبة فلا شي له مما ذكرناه بل منافعها
وارش الجناية عليها لها **قال** وكذا تزويجها بغير اذنها في الاصح
كالقنة والمدبرة والخلاف في الشرحين والروضة وغيرها بلا ثلاثة اقوال اظهرها
هذا وهو الجديد والثاني وهو القديم لا يزوجها الا باذنها كالمكاتبة قال
الفارقي وهو الصحيح وحكاه البغوي عن نصه في كتاب تحريم الجمع والثالث
لا يجوز وان رضيت لضعف ملكه ونقصها في نفسها فاشبه تزويج الاخ ونحوه
الصغيرة فعلى هذا يزوجها الحاكم برضاها ورضا السيد على الاصح في البيان وغيره
وقيل لا تزوج بحال والخلاف في اصل المسئلة جار في بنتها وحكى البغوي في التعليق
عن القديم ان ام الولد لا تزوج اصلا **قال** ويحرم بيعها اي ولا يصح
الا ما سنبين كما سياتي هذا ما قطع به الجمهور والشافعي رضي الله عنه في خمسة عشر
كتابا للاثر السابق وغيره واستدل لمنع البيع بما في الصحيحين عن ابي سعيد
الخدري رضي الله عنه قال قيل يا رسول الله انا نصيب سبايا ونحب المال فكيف العزل
الحديث قال ابو اسحق وليس للشافعي فيها الا هذا القول وحكى عنه انه ميل
القول في بيعها قال الجمهور وليس ذلك باختلاف قول له وانما اشار الى قول
من جوزه وقيل هو قول قديم قال في التهذيب وقيل حكى القول في جواز بيعها في
بعض المواضع فقال في الرهن تعتق بموته في قول من يعتقها وقال في الكفارة
ولا تجزي ام ولد في قول من لا يبيعها وهذا التمثيل للشي يروى عن علي وليس بمشهور
واتفق المسلمون على انه لا يجوز بيعها وتعتق بموته انتهى وتجويز البيع محكي عن ابن

تزوج

عباس

عباس وغيره وكانه اراد اتفاق المسلمين من بعد وعليه يحمل ما نقله
غير واحد من الاجماع على منع بيعهن وسبق ان قائل قال انه لخص في المسئلة
اربعة اقوال للشافعي نفسه وهذا منكر وقال انه يجتمع في المسئلة ثمانية اقوال
يعني للناس فالله اعلم **فرع** نقل الروياني في التجربة وغيره
عن الاصحاب انه لو قضى قاض بجواز بيعها نقض قضاؤه وما كان فيه من
الخلاف بين القرن الاول فقد انقطع وصار مجمعاً على منعه وذكر في اصل
الروضة في باب القضاء عن الروياني ان الاصح عدم النقض لانها اجتهادية
والادلة متقاربة وقال الغزالي في البسيط اختلف اصحابنا في نقض قضائه
فمن راى انه ينقض راى المسئلة مجمعا عليها اولا ثم خالف علي رضي الله عنه
قبل انقراض العصر وللاصوليين خلاف في اشتراط انقراض العصر لانعقاد
الاجماع او راى الفقهاء بعد الصحابة اجمعوا على احد الرايين بعد الاختلاف
فوقع الخلاف وراى ان ذلك مذهب باطل سطر حل وقد ينقض القضاء في مثله
انتهى وذكر البغوي في تعليقه ان عليا رضي الله عنه خطب يوما على المنبر فقال
في اثناء الخطبة اجتمع رايي وراي امير المومنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه
على ان لا تباع امهات الاولاد وانا الان ارى بيعهن فقام عبيدة السلماني
فقال رايك مع امير المومنين احب الينا من رايك وحدك فاطرق راسه مليا
وروي انه قال اقضوا ما انتم تقضون فاني اكره ان اخالف الجماعة فان
صحت هذه اللفظة عنه فهو رجوع عن جواز بيعها والاجماع منعقد على انه لا
لا يجوز فعلى هذا لا ينفذ قضاء من حكم بصحة بيعها وان لم يصح رجوعه هل
ينفذ القضاء ينبني على الخلاف في اجماع اهل العصر الثاني على احد قولي اهل العصر
الاول ان قلنا يرتفع فقد صار اجماعا وان قلنا بالاصح انه لا يرتفع الخلاف
فعلى هذا لو قضى قاض بصحة بيعهن وهبتهن ورهنهن نفذ انتهى وهو في ذلك
متابع لابي علي السنجي في الشرح **قال** ورهنها وهبتها اي لا من نفسها
لما ذكرناه من امتناع البيع والهبة نقل الملك الى الغير فامتنع كالبيع **اشارة**
يستثنى من منع بيعها من نفسها فانه يصح على الظاهر قاله القفال وتبعه عليه

لا يبيع العبد نفسه اعتاق على الحقيقة كما لو اعتقها على مال وقال المحاملي في اللباب يجوز بيعها في ثلاث مسائل المرهونة والجانية وام ولد المكاتب انتهى والظاهر ان استيلاد المفلس في حال الحجر عليه كاستيلاد الراهن المفلس واولى بالمنع لحجر الحاكم فان قلت ما فائدة قوله ورهنها واضح انه اذا حرم بيعها امتنع رهنها قلت لا يلزم من التحريم منع الصحة فيهما وايضا ففيه تنبيه على ان تعاطي العقود الفاسدة حرام وان لم يتصل بها المقصود كما دل عليه نص الام في مواضع **قال** وولدت من زوج او زنا اي بعد الاستيلاد فالولد للسيد يعتق بموته كهي لان الولد يتبع الام في الحرية والرق ولا يأتي فيه الخلاف في ولد المدبر والمكاتبة لقوة الاستيلاد لانه لا يرتفع بحال بخلافهما ولا اثر لموت الام في حياة السيد بل يعتقون بموته وليس له بيعهم ولو اعتق السيد الام لم يعتق الولد **قال** والاولاد الحاصلون قبل الاستيلاد من زنا او زوج لا يعتقون بموت السيد وله بيعهم اي وان ولدوا في ملكه للام لحدوثهم قبل ان يثبت لها حق الحرية **قال** وعتق المستولدة من راس المال اي سواء استولدها في صحته او في مرض موته عتقت بموته او نجز عتقها في مرض موته قال الاصحاب لانها بمنزلة ما يستهلكه في ملاذه من لباس وماكول وطيب فيتقدم عتقها على حقوق الغرماء والوصايا والميراث **ونختم الباب بفروع منثورة ونسال الله حسن الخاتمة** في بحر الروياني عن الاصحاب انه لو اسلمت ام ولد النصراني واراد التزويج زوجها الحاكم وكذلك ان اختار النصراني تزويجها ويكون نفقتها على زوجها قال واذا لم تتزوج فهي احق بولدها وحضانته فاذا تزوجت وهو طفل لا يعقل فالاب النصراني احق به وان كبر وخيف ان يفتنه نقل الى غيره ومنع من حضانته وانه لو وطئ اخته من الرضاعة في ملكه لزمه الحد في احد القولين **قلت** وفي حكمها المحرمة عليه بنسب او صهر ولو احبلها صارت ام ولد بلا خلاف ويكون الولد حرا ثابت النسب قال وليس على اصلنا وطء يجب به الحد وتصير الموطوءة ام ولد الا هذا وهكذا اذا وطئ الكافر امته المسلمة قبل ان يباع عليه واحبلها وانه لو وضعت الامة

من

من سيدها جسدا ليس فيه ظاهر تخطيط ولكن قال القوابل فيه تخطيط باطن تصير به ام ولد وتعتبر اربع نسوة فلو نظر اليه من الرجال من له بصر وعلم به تقبل قول الرجلين فيه قال وانما نص الشافعي على النساء لان الرجال قل ما يعلمون ذلك والله اعلم انتهى ٥ في فتاوي القاضي الحسين انه لو احبل امة الغير بشبهة وقلنا لو ملكها لم تصر ام ولد فلو انه اشتراها حاملا من زوج او زنا لا من شبهة لا يحكم له بحكم من حدث للسيد بعد الاستيلاد بل يكون قنا للسيد له بيعه ٥ في فروع ابن القطان اذا قالت الامة التي وطئها السيد القيت سقطا فصرت به ام ولد وقال السيد لم يكن سقطا او قال ما اسقطتيه بل التقطتيه فهو على وجهين **قلت** والظاهر ان القول قول السيد ولا سيما اذا نفى اصل الاسقاط والعلوق مطلقا لان الاصل معه اما لو سلم الحمل فيحتمل والاقرب تصديقه ايضا الا ان يمضي مدة لا يبقى الحمل مخفيا اليها والعلم عند الله وابن في شهادات الحاوي احبلها راهنها وزعم انه وطئها باذن المرتهن فانكر فلم يحلف ورد اليمين على الراهن فلم يحلف وطلبت الامة ان تحلف قال خرجها الاكثرون على قولين وجوز بعضهم ان يحلف قولا واحدا ٥ في فتاوي القاضي الحسين لو قال مضغة هذه الجارية حر هو اقرار بان الولد انعقد حرا وتصير الام ام ولد له انتهى وفيه نظر اذ لا يلزم من كونه انعقد حرا ان يكون منه اذ يكون من وطء اجنبي بشبهة فالاقرب فينبغي ان يقبل قوله بذلك ولا يحكم عليه بامية الولد بمجرد ذلك والعلم عند الله وانه في شرح العجلي بخطه هنا قال في الحلية ما ملخصه لو احبل الامة احد الشريكين وهو موسر صارت ام ولد ويلزمه نصف قيمتها ونصف مهرها لشريكه ولا يلزمه قيمة الولد وقال القاضي ابو الطيب في المجرد يكون ما يملك منها في حكم ام الولد وكان ولده منها حرا فان كان الواطئ معسرا فعليه نصف قيمة ولده ونصف مهر مثلها وان كان موسرا فعليه نصف قيمتها لشريكه وكان كلها ام ولد له ولا يجب نصف قيمة الولد اذا كان موسرا في قول وقال هكذا قال القاضي ابو حامد لانه اتلف حق شريكه منها بالعلوق

فلا يكون للجنين فيه انتهى وفي كلام الرافعي اضطراب في الخلاف
في حرية الولد فقال في اواخر السير فيه وجهان او قولان ونقل عن القاضي
ابي الطيب والروياني وغيرهما ترجيح حرية الجميع ونقله وجهين في اواخر
الكتابة ونسب قول التبعيض الي ابي اسحق وان البغوي صححه وجعله المصنف
في اصل الروضة الاصح وصحح الرافعي في كلامه على دية الجنين وجزم بنقل
الخلاف قولين وان اظهرهما التبعيض وقضيته ما حكاه عن الامام في باب ما يحرم
من النكاح الجزم به ٥ اذا احبل امة الغير بنكاح ثم اوصي له بالولد فاصح
الوجهين في تعليق القاضي الحسين انه لا يجوز له ان يشتري ام الولد كما
لو باعها من غيره ٥ لو قال هذه الجارية ام ولدي ومات قبل البيان فهل
تصير ام ولد له فيه وجهان قال القاضي الحسين بنيان على ما لو قال رجل
هذه الجارية ابنة امتي واقام به بينة ولم يقل انها ولدتها في ملكه فهل يحكم
له بالملك فيه قولان الجديد لا وعلى القديم نعم فعلى الاول لا يحكم بانها ام
ولد وعلى الثاني يحكم وهو الاصح هنا ٥ اذا شهدا عليه باستيلاد امته
في ملكه ثم رجعا قال الشيخ ابو علي لا يغرمان شيئا لانهما لم يفوتا المالية ولم يحققا
العتق في الحال وانما امتنع البيع بشهادتهما قال الامام ولبث شعري ماذا يقول
اذا مات المولى وفات الملك فانه فات بسبب الشهادة والذي اراه ان الغرم
يجب في هذه الحالة للذين كانت الرقبة تصرف اليهم اولا لولا الاستيلاد والله اعلم
وهذا آخر ما يسر الله تعالى من شرح المنهاج فلله سبحانه الحمد والمنة وقد التزمت
فيه من الاحتمالات والتنبيهات على المهمات وكثير من الواضحات وكنت قد نزعت
فيه بنية الاختصار وكنت منه على ذلك قطعة في اوايله ثم قدر الله تعالى البسط
وذكرت فيه الفقه المشتمل غالبا لعدم الحاجة العلمية الى ما سواه فان ظفرت
بفايدة شاذة فادع لي بالتجاوز والمغفرة او بزلة قلم او لسان فافتح لها باب
التجاوز والمعذرة فقد علقته في ازمان الهموم والفتن فيها مترادفة وظلمات
القلوب متكاثفة وشموس الالباب كاسفة ومحن طالبي العلم ليس لها من دون
الله كاشفة فاسال الكريم الذي بيده الضر والنفع والاعطا والمنع ان يجعله

كان لا يجزم

اي للاذرعي

خالصا

خالصا لوجهه وان ينفع به كما نفع باصله اذا الظل اضحى في القيامة قالصا وان يخفف
عني كل تعب وصونه وان يمدني بحسن المعونة وان يرحم ضعفي كما علمه وان
يجعله لي في زمرة من رحمه الله والدي واولادي ومشايخي واخواني ان ربي
لطيف لما يشاء ونختم الكتاب كما قال الامام الرافعي رحمه الله بما بدانا
به وهو حمد ذي الجلال والاكرام وذي الطول والانعام ونقول الحمد لله
الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم صل على محمد
وعلى آل محمد كلما ذكرك الذاكرون وكلما غفل عن ذكرك الغافلون ربنا
تقبل منا انك انت السميع العليم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة
وقنا عذاب النار ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من امرنا رشدا ربنا
اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين
آمنوا ربنا انك رءوف رحيم ربنا عليك توكلنا واليك انبنا واليك المصير ربنا لا
تجعلنا فتنة للذين كفروا واغفر لنا ربنا انك انت العزيز الحكيم ولا حول ولا
قوة الا بالله العلي العظيم وحسبنا الله ونعم الوكيل ٥

تم شرح المنهاج
للاذرعي

٢٧٨